

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

CAMILA PEREIRA DE OLIVEIRA

**A (I)LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO SIMULTÂNEA DE
EMPRESAS LICITANTES COM SÓCIOS COMUNS**

Florianópolis

2017

CAMILA PEREIRA DE OLIVEIRA

**A (I)LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO SIMULTÂNEA DE
EMPRESAS LICITANTES COM SÓCIOS EM COMUM**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito à obtenção do título de
bacharel.

**Orientador: Prof. José Sérgio da
Silva Cristóvam**

Florianópolis

2017



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): CAMILA PEREIRA DE OLIVEIRA

RG: 5.834.689

CPF: 083.405.559.96

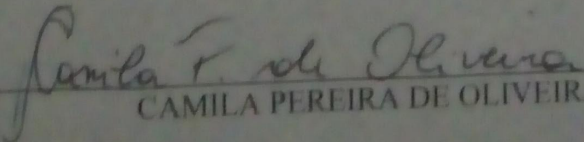
Matrícula: 12201142

**Título do TCC: A (i) legalidade da participação simultânea de empresas
com sócios em comum em processos de licitação**

Orientador(a): José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, **CAMILA PEREIRA DE OLIVEIRA**, acima qualificado(a); venho, pelo
presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e
conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 4 de Julho de 2017



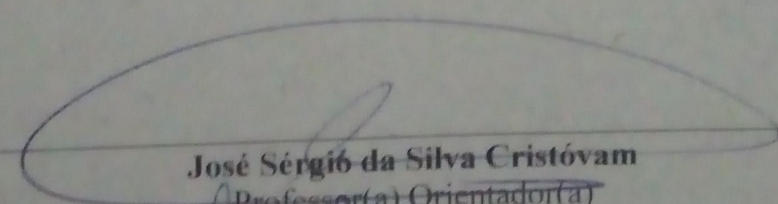
CAMILA PEREIRA DE OLIVEIRA

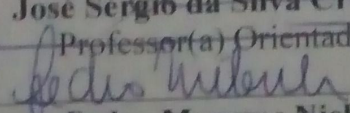
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

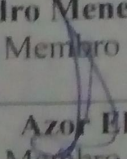
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A (i) legalidade da participação simultânea de empresas com sócios em comum em processos de licitação**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **CAMILA PEREIRA DE OLIVEIRA**, defendido em **04/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (noventa), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 4 de Julho de 2017


José Sérgio da Silva Cristóvam
Professor(a) Orientador(a)


Pedro Menezes Niebuhr
Membro de Banca


Azor El Alckar
Membro de Banca

Aos meus pais, Antônio e Maria, meus exemplos de vida, pelo amor, pelo cuidado e pela dedicação que sempre demonstraram.

Aos meus irmãos, Alessandra, Fernanda e Alex, pela amizade e pelo companheirismo.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me concedido amor, saúde e força para chegar até aqui.

Um agradecimento especial aos meus pais, Maria e Antônio, sem o apoio e o amor de vocês eu certamente não seria metade do que sou hoje, eu amo vocês. À minha mãe, que desde sempre me ensinou como ser uma mulher forte e determinada. E ao meu pai, que além de todo o seu amor, passou a mim a tranquilidade e a leveza de viver.

Aos meus irmãos, Alessandra, Fernanda e Alex, agradeço pelo companheirismo e respeito, cada um com seu jeito contribuíram muito pelo o que sou hoje.

Agradeço ao meu namorado, Jorge, por todo o seu carinho, compreensão e paciência.

Aos meus sobrinhos Guilherme, Amanda, Isaac e Rebeca, por fazer dos meus finais de semanas os momentos mais divertidos.

Às minhas amigas de infância, Joyce, Sabrina e Barbara, que durante esses 17 anos de amizade estiveram sempre juntas comigo.

À minha amiga Gabriela, que mesmo “distante” está sempre por perto.

Ao meu melhor amigo, André Venâncio, por ser o amigo mais dedicado e parceiro que eu poderia ter.

Com aperto no coração, agradeço as minhas amigas que convivi nesses 5 anos, “As dez amigas que não brigam”, Bárbara Maciel, Bárbara Valério (mais conhecida como Valéria), Beatriz de Ávila, Desiree de Oliveira, Elisa Silva, Kariny Afonso, Renata Pandolfo, Taená dos Santos e Thayse Raupp. Vocês são o melhor presente que a UFSC poderia ter me dado e a família que eu escolho todos os dias.

Ao meu ex-chefe e amigo, Azor Alchkar, pelos ensinamentos repassados a mim durante os dois anos de estágio no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Ao professor Cristóvam, por todos os ensinamentos e orientação. Obrigada pela dedicação, paciência e o interesse ao lecionar.

*“A persistência é o menor caminho
do êxito.”*

(Charles Chaplin)

RESUMO

OLIVEIRA, Camila Pereira de. A (i)legalidade da participação simultânea de empresas licitantes com sócios em comum nos processos de licitação. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Administrativo) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O presente trabalho de conclusão de curso possui enfoque na participação simultânea de empresas licitantes com sócios em comum. Assim, neste estudo, serão analisado os riscos que Administração Pública pode estar sujeita, buscando sintetizar as correntes doutrinárias existentes e indicar as diferenças práticas que surgem quando se adota uma ou outra. Afinal, dependendo da postura adotada pelos gestores dos órgãos públicos diante desta situação, a Administração poderá sofrer danos ao erário que poderão ser irreversíveis. Desta forma, o tema é de grande importância porque na medida em que uma situação coloca em risco a supremacia do interesse público, é conveniente que ao menos seja discutido essa questão. Por fim, examina-se como os tribunais pátrios estão resolvendo a matéria, mediante pesquisa amostral de julgados. Utiliza-se o método de procedimento monográfico, o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Licitação. Fraude. Competitividade. Isonomia. Interesse Público.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Camila Pereira de. The (i) legality of the simultaneous participation of bidding companies with joint partners. (Undergraduate thesis (Bachelor of Law – Area: Administrative Law) – Federal University of Santa Catarina, Legal Sciences Center, Florianópolis.

The present work is focused in the simultaneous participation of bidder companies with common partners. Therefore, in this study, it will be analysed the risks that the public administration may be subjected, aiming to synthesize the existing doctrinal currents and to indicate the practical differences that arise when it is adopted one or another. After all, depending on the posture adopted by the managers of the public bodies in front of this situation, the administration may suffer damage treasury which may be irreversible. Thus, the issue is of great importance because in the extent we are in front of a situation that puts the supremacy of the public interest at risk, it is convenient that at least the question should be discussed. Finally, it is examined how the courts are dealing with the issue, through sample surveys of the decisions. It is utilized the monographic procedure method, the inductive approach method and the indirect research technique, with bibliographic and jurisprudential research.

Keywords: Bidding. Fraud. Competitiveness. Isonomy. Public interest

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CAPÍTULO I – UMA BREVE REFLEXÃO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO	12
1.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO	12
1.2 BREVE RECUPERAÇÃO HISTÓRICA SOBRE O INSTITUTO DA LICITAÇÃO.....	13
1.3 A LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	14
1.4 AS FINALIDADES DO PROCESSO DE LICITAÇÃO	16
1.4.1 Princípio da Isonomia.....	16
1.4.2 Da proposta mais vantajosa.....	19
1.4.3 Da garantia do desenvolvimento sustentável.....	20
2 CAPÍTULO 2 – MODALIDADES, TIPOS E PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO ..	23
2.1 AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO	23
2.1.1 Concorrência	23
2.1.2 Tomada de preços.....	25
2.1.3 Convite	25
2.1.4 Concurso	26
2.1.5 Leilão	27
2.1.6 Pregão.....	28
2.1.7 RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas.....	30
2.2 OS TIPOS DE LICITAÇÃO	31
2.2.1 Menor preço	31
2.2.2 Melhor Técnica	31
2.2.3 Técnica e Preço	32
2.2.4 Maior Lance ou Oferta	32
2.3 OS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO	33
2.3.1 Princípio da Publicidade.....	33
2.3.2 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	34
2.3.3 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa.....	35
2.3.4 Princípio do Julgamento Objetivo	36
2.3.5 Princípio da Impessoalidade.....	37
2.3.6 Princípio do Sigilo das Propostas	38
2.3.7 Princípio da Competitividade.....	39
3 CAPÍTULO 3 - DO POSSIVEL RISCO À ADMINISTRAÇÃO NOS CASOS DE PARTICIPAÇÃO SIMULTÂNEA DE EMPRESAS COM SÓCIOS EM COMUM EM PROCESSOS DE LICITAÇÃO	41

3.1 O PORQUÊ DA PREOCUPAÇÃO	41
3.1.1 Da possibilidade de fraude	42
3.1.2 Da omissão da Lei 8.666/93	45
3.2 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	46
3.3 DAS RESPONSABILIDADES DA COMISSÃO DA LICITAÇÃO	53
3.3.1 Da composição da Comissão	53
3.3.2 Responsabilidade dos membros	53
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, está vinculado a área de direito público, do ramo do Direito Administrativo, mais especificamente sobre o Instituto das Licitações, regulada pela Lei 8.666/93. Em razão da observância do art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1998, a Lei estabelece e indica os princípios que a Administração deverá obedecer. Todavia, a eficiência da Administração Pública depende da conduta dos gestores, que nem sempre estará em conformidade com os princípios.

Para delimitação do tema, parte-se da ideia que o instituto da licitação, ao conduzir celebração de contratos entre a Administração Pública com terceiros, visa assegurar a supremacia do interesse público. Logo, objetiva garantir o melhor resultado de um contrato realizado, ou seja: alcançar a proposta mais vantajosa.

Neste sentido, o presente trabalho tem como tema discutir a (im)possibilidade da participação simultânea de empresas com sócios em comum na licitações públicas, visto que tal participação poderia ocasionar dúvidas quanto a conduta dos gestores destas empresas quanto a lisura e a lealdade, podendo, assim acarretar danos ao ente público responsável pelo certame.

Sobre as justificativas do presente trabalho, faz jus salientar o grande interesse prático, já que o instituto da licitação é único responsável pela condução de contratos realizados com terceiros. Registre-se que a escolha deste tema é decorrente de uma preocupação com a eficiência do processo, considerando que uma licitação constituída por vícios e problemas ocasionariam danos ao erário que refletiriam não só a Administração como também ao Estado em geral.

De forma geral, o processo de licitação se baseia em garantir aos interessados um tratamento isonômico, à Administração busca obter a proposta mais vantajosa e, num todo, garantir o desenvolvimento sustentável. Assim feito, o processo licitatório será num todo considerado eficiente.

Diante desta perspectiva, o objetivo deste trabalho é questionar a participação de licitantes com sócios comuns, buscando identificar os possíveis riscos e consequências que a Administração pode sofrer. Ademais, se questionará a disputa entre o licitantes nesses casos de certame, uma vez que a comunicabilidade dos sócios pode muitas vezes ter como consequência a ocorrência de fraude.

Como problema desta pesquisa, questiona-se, a partir de julgados do Tribunal de Contas da União, a possibilidade desta participação e também os riscos que a

Administração fica exposta. Além do mais, também será abordado qual o papel e a responsabilidade da comissão de licitação quando estiverem diante dessa situação.

Para isso, utilizar-se-á o método de procedimento monográfico, o método de abordagem indutiva e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

O trabalho está estruturado em três capítulos. Primeiramente, faz-se uma breve revisão sobre o contexto histórico das licitações, descrevendo os marcos históricos que contribuíram com a evolução da Lei nº 8.666/93. E em seguida estudar as finalidades básicas da licitação: a isonomia, a busca da proposta mais vantajosa e a garantia do desenvolvimento sustentável.

Após, explorar-se-á, as modalidades da licitação, os seus tipos e por último os princípios norteadores em um processo licitatório, apontando aqueles que estão ligados ao problema em questão.

Por fim, proceder-se-á, a discussão do problema deste trabalho, questionando a possibilidade da participação de licitantes com sócios comuns, verificando as principais correntes e o entendimento do Tribunal de Contas da União. Para análise amostral, efetuou-se pesquisa no site eletrônico do TCU.

1 CAPÍTULO I – UMA BREVE REFLEXÃO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO

O instituto da licitação nem sempre foi o meio usual da Administração contratar com terceiros. Neste sentido, o processo de licitação atual pode ser visto como o resultado dos marcos históricos que ocorreram, considerando que hoje a Lei 8.666/93 buscou resguardar primeiramente o interesse público. Deste modo, é possível concluir que atualmente os atos da Administração estão voltados a realizar um certame que busque alcançar o melhor resultado, prezando sempre por todos os princípios administrativos que devem conduzir e guiar os atos necessários e uma licitação.

E, considerando o avanço do processo da licitação, que o primeiro capítulo deste trabalho irá abordar os marcos históricos que contribuíram com o atual processo licitatório, e também, as finalidades básicas que regem o processo.

1.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO

A licitação é um procedimento aderido pela Administração Pública que busca estabelecer em ato próprio (edital ou convite) a convocação de empresas que possuem o interesse em fornecer serviços e bens.

Formalizada pela Lei 8.666/93, que observou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, regulamentando e estabelecendo as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos concernente a serviços, obras, como também serviços na esfera da publicidade, compras, locações e alienações no domínio dos Poderes da Administração.

Seu objetivo é garantir os princípios constitucionais como a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, de uma forma que certifique e garanta a todos os participantes oportunidades iguais.

Desta forma, a realização de contratos com terceiros e a Administração só pode ocorrer quando for decorrente de processo de licitação, exceto quando se tratar de casos de dispensa de licitação ou inexigibilidade, o que autoriza a contratação direta do prestador.

Fernanda Marinela apresenta o seguinte conceito de licitação:

É um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor

proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões, necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.¹

De igual forma conceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que querem contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que propõem assumir.²

Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a licitação como: “certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”.³

Portanto, não há nenhum mistério quanto ao conceito de licitação. Sua definição se resume a uma ação que tem como objetivo a realização de contratos patrimoniais ou de serviços que deverão atingir o resultado mais vantajoso para a Administração Pública.

1.2 BREVE RECUPERAÇÃO HISTÓRICA SOBRE O INSTITUTO DA LICITAÇÃO

Há relatos de que o processo de licitação teve seu início na Europa Medieval, considerando que no momento de necessidade da realização de uma compra de algum bem ou serviço, do qual a Administração não tinha condições de obter, o Estado distribuía avisos informativos que marcavam hora, data e local para que todos os interessados pudessem comparecer para atender as necessidades ali requeridas.⁴

Para a realização desse processo bastava como instrumentos uma vela e um prego. O método consistia em leiloar a obra desejada e, os interessados faziam suas ofertas enquanto a vela se mantinha acesa, o vencedor seria aquele que ofertasse a melhor preço para o Estado.

¹ MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pag.383.

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Gen Forense, 2017, pag. 252.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 Ed. 2015, p. 536.

⁴ RIBEIRO, Geraldo Luiz Vieira. A Evolução da Licitação. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2017.

Neste período prevalecia a Administração Pública Patrimonialista, ou seja, havia uma grande confusão do que era público e do que era privado, e a única certeza era que os Governantes consideravam o estado como seu patrimônio. Essa gestão tinha como foco o benefício econômico social do clero e também da nobreza, deste modo, atos de corrupção eram bastantes comuns naquela época.

Por conseguinte, em meados do século XIX, surgiu a Administração Pública burocrática, com o objetivo de romper o modelo patrimonialista e separar claramente o público do privado, visando proteger o estado da corrupção que era claramente ativa no modelo patrimonialista. No entanto, ao passar do tempo percebe-se que a Administração Burocrática engessava a gestão e o alcance de resultado da máquina pública.

E, por fim, surge a Administração gerencial, voltada para o controle do resultado final a ser obtido pela Administração, observando sempre o princípio da eficiência. Aliás, a proposta deste modelo tem como objetivo limitar os encargos do estado para o mínimo essencial, que seria o exercício do poder de polícia, as atividades jurisdicional, legislativa e outros.

Os dois primeiros modos de Administração sempre apresentaram vícios e falhas, o que ocasionava na ingerência da Administração Pública. Logo, com a ascensão da Administração Gerencial, o Estado começou a evoluir no quesito contratações públicas denominada de Licitação.

Neste sentido, os próximos tópicos tratará da evolução da licitação no Brasil, descrevendo seu processo evolutivo vinculado a legislação.⁵

1.3 A LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

No Brasil, a Licitação teve seu marco inicial através do Decreto 2.926/1862, que estabelecia regras e cláusulas gerais para as arrematações e execução dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Posteriormente, foi complementado com o Decreto 4.536/1922, que organizava a contabilidade da União, e o Decreto 15.783/1922, que dispõe sobre o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública.

⁵ RIBEIRO, Geraldo Luiz Vieira. A Evolução da Licitação. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2017.

O Decreto 4.536 foi muito importante devido a sua contribuição para o instituto da licitação, aliás, trata de um regulamentador da matéria que ainda possui em vigor alguns dispositivos.

Desde o advento do Código de Contabilidade da União o procedimento licitatório vem evoluindo muito, buscando sempre conferir maior eficácia nas contratações públicas, sendo assim, com o Decreto-Lei ° 200/1962, o processo licitatório alcançou sua sistematização e estabeleceu uma reforma administrativa no plano federal, e por fim, a Lei 5.456/1968 estendeu à Administração estadual e municipal.

Todas revogadas pela Lei 8.666/93 que, embora diga regulamentar o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988, na realidade estabelece as normas gerais sobre a matéria, conforme preconiza o inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal.

Nesta perspectiva, não há como abordar sobre licitações públicas sem discuti-la no contexto da Constituição da República, observando como ela está prevista na Lei das Leis. (MOTTA, pag.29).

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente, pela primeira vez na carta maior, o dever de licitar inserido no inciso XXI, do art. 37 da CF, que trata das normas e dos princípios gerais da Administração:

Art. 37. A Administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em 1998, com o advento da Emenda Constitucional n° 19, o caput artigo supracitado sofreu uma alteração, passando a ter a seguinte redação:

Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Segundo o autor Daniel Ferreira⁶, com isso o constituinte deixou indubitavelmente

⁶ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal*. Ed. Fórum: Belo Horizonte. 2012.

assentado que:

- i) A licitação configura como regra, cujo núcleo essencial dever ser informado pela União opor meio de “normas gerais”;
- ii) São objetos de licitações e, pois, de contratação potencial: as obras, serviços, compras e alienações;
- iii) A licitação se desenvolve por meio de um processo administrativo;
- iv) A licitação deve assegurar a igualdade de condições aos participantes;
- v) Desde a apresentação da proposta fica garantida a manutenção da equação econômico-financeira do contrato firmado; e
- vi) Apenas seriam exigíveis, como condição de participação nos certames, a comprovação da boa situação econômico-financeira e da capacidade técnica do proponentes.

Além disso, o artigo 22, inciso XXVII, da Carta Magna, também demonstra uma atenção dispensada pelo constituinte originário ao procedimento de contratação do Estado ao definir que compete privativamente à União legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas e diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em todas as modalidades.

O autor Carlos Pinto Coelho Motta⁷ diz que o art. 22, inciso XXVII elevou a licitação à uma altitude constitucional, dando força ao instituto, ensejando a possibilidade de reconstruir a lisura dos negócios públicos, a prestação de contas e, conseqüentemente, regulando o dinheiro público. Ademais, apontou que a sanção da Lei 8.666/93 significou a adoção de um texto com legitimidade democrática, que ancorou um avanço político-institucional.

1.4 AS FINALIDADES DO PROCESSO DE LICITAÇÃO

O processo de licitação indica três finalidades básicas. A primeira visa proporcionar à Administração a obtenção da melhor proposta para o Poder Público (proposta mais vantajosa), a segunda busca assegurar a todos os interessados igualdade de tratamento na busca da realização de contratos com a Administração e a terceira busca garantir o desenvolvimento nacional sustentável.

1.4.1 Princípio da Isonomia

⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 12º Edição. Belo Horizonte, 2011.

Este princípio consiste em garantir as pessoas igualdade de oportunidades, proibindo um tratamento discriminatório. No campo da licitação, por exemplo, é inviável determinar espécies de privilégios ou proporcionar um tratamento discriminatório entre os participantes de um certame.

O doutrinador Márcio Fernando Elias Rosa⁸ ao conceituar o princípio da isonomia, afirma que tal princípio é assegurado aos licitantes pelo não estabelecimento de privilégios ou discriminações, e que a sua não observância corresponde a um desvio de poder. Ademais, o autor ressaltou que o princípio não inibe a instituição de requisitos para a participação, de modo que esses serão considerados admissíveis quando forem compatíveis com o objeto licitado.

Para além deste, o autor Toshio Mukai⁹ ao definir o conceito de licitação atentou para a necessidade do tratamento igualitário:

[[...]] a licitação significa um cotejo de ofertas (propostas), feitas por particulares ao Poder Público, visando a execução de uma obra, a prestação de um serviço, um fornecimento ou mesmo uma alienação pela Administração, donde se há de escolher aquela (proposta) que maior vantagem oferecer, mediante um procedimento administrativo regrado, que proporcione tratamento igualitário aos proponentes, findo o qual poderá ser contratado aquele que tiver oferecido a melhor proposta.

Desta forma, o instrumento convocatório (edital ou convite) não pode estabelecer condições ou exigências que demonstrem uma desproporcionalidade ao tipo de contrato que será celebrado, como também não poderá inviabilizar a participação de pessoas, sendo elas físicas ou jurídicas, sem um motivo justo.

Neste viés, Marçal Justen Filho ponderou ainda que:

Há um equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para a contratação com a Administração. A Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins. Logo deve escolher o contratante da proposta. Isso acarretaria inafastável diferenciação entre os particulares. A diferenciação e o tratamento discriminatório são insuprimíveis, sob esse ângulo. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se as na medida em que exista

⁸ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo, Sinopses Jurídicas*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

⁹ TRAJANO, Thiago. Da Isonomia da Licitação. 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/thiago-trajano/artigos/da-isonomia-da-licitacao-2231>> Acesso em: 10 de junho de 2017.

diferença¹⁰

Neste sentido, o e. Luiz Roberto Barroso ressalta que é importante que o princípio da isonomia se relacione com o princípio da razoabilidade, uma vez que o princípio da razoabilidade visa controlar o mecanismo da discricionariedade, permitindo que o judiciário invalide atos administrativos.¹¹

Portanto, conforme ensina o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei não deve ser fonte de privilégio ou perseguições, e sim uma ferramenta reguladora da vida social que tratará todos equitativamente.¹²

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a estabelecer que:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO (LEI 1.533/51, ART. 1º). CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSÁRIO REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO EDITALÍCIA RELATIVA À LOCALIZAÇÃO DE INSTALAÇÕES DOS LICITANTES. ILEGALIDADE (LEI 8.666/93, ART. 30, § 6º). PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE. DOCTRINA. PRECEDENTES.

1. O julgamento da alegada violação do art. 1º da Lei 1.533/51 – para se verificar a existência ou não de direito líquido e certo amparado por ação mandamental –, bem como a análise da necessidade de perícia técnica e, conseqüentemente, da ocorrência de cerceamento de defesa, pressupõem, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório, atividade cognitiva vedada nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

2. No ordenamento jurídico em vigor, a contratação de obras, serviços, compras e alienações, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e entidades da Administração pública indireta, está subordinada ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação pública, no escopo de assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa (CF/88, art. 37, XXI; Lei 8.666/93, arts. 1º, 2º e 3º).

3. A Lei 8.666/93, na seção que trata da habilitação dos licitantes interessados, veda exigências relativas à propriedade e localização prévia de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico (art. 30, § 6º). O fundamento dessa vedação repousa nos princípios da

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007.p. 20.

¹¹ Quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. - Conforme nos ensina BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Texto recolhido na Internet.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

isonomia e da impessoalidade.

4. A restrição editalícia (exigência de disponibilidade de usina de asfalto localizada no raio de até 80 km do centro geométrico da obra) é manifestamente ilegal porque frustra o caráter competitivo do certame, ou seja, restringe a disputa às empresas situadas nas mediações da obra.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (grifou-se) ¹³

Nos dizeres do doutrinador Matheus Carvalho¹⁴, “a matéria ganha força e enseja a necessidade de definirem-se os critérios utilizados para estabelecer-se a discriminação é, efetivamente, constitucional, ou se enseja uma nova violação ao princípio da igualdade. Trata-se de matéria atinente à discricionariedade pública, concedido ao administrador pela Carta Magna”.

O importante, entretanto, é entender que o princípio da isonomia é aplicação de um tratamento diferente que tem como objetivo igualar juridicamente aqueles que são desiguais, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes. Deste modo, pode chamar de isonomia matéria.¹⁵

1.4.2 Da proposta mais vantajosa

Esta finalidade tem como escopo garantir a Administração o melhor resultado de um processo licitatório, seguindo o princípio da economicidade¹⁶, logo, garantir um desenvolvimento nacional sustentável.

Esse preceito encontra-se insculpido no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Outrora, ressalta-se que a proposta mais vantajosa nem sempre será a de menor

¹³ STJ – Recurso Especial Resp. 622717 RJ 2004/0008148-1 (STJ). Data da publicação: 05/10/2006.

¹⁴ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2º Ed. Bahia. Editora JusPodivm. 2015, p.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Conceituado por Eugénio Rosa de Araújo. Instituto Avante Brasil. O princípio da economicidade vem expressamente previsto no art. 70 da CF/88 e representa, em síntese, na promoção de resultados esperados com o menor custo possível. É a união da qualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos. Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/principio-da-economicidade/>> Acesso em: 20/06/2017.

preço, ou seja, além do preço deverão ser observados outros elementos essenciais a promoção do desenvolvimento sustentável.

Além de observar o menor preço, a Administração também deverá levar em consideração o serviço a longo prazo, ou seja, no decorrer do contrato a Administração não sofrerá com prejuízos ou gastos inesperados.

Neste sentido, o princípio da eficiência está totalmente ligado a licitação, pois também visa alcançar a qualidade dos serviços e produtos decorrentes de contratos celebrados com terceiros.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles apresenta sua conclusão sobre a seleção da proposta mais vantajosa, dispondo que a finalidade do julgamento deve ser feita com o máximo de rigor técnico na apreciação das vantagens, apontando a proposta mais vantajosa para a Administração. No entanto, são classificados ao mesmo tempo, os licitantes pelas vantagens oferecidas em suas propostas, indicando o vencedor, e desclassificando aqueles que apresentam propostas que não atendam às condições do edital ou convite preestabelecido.

O resultado do julgamento constará de minucioso relatório, denominado de ata, ou do despacho adjudicatório, justificando-se a escolha da proposta mais vantajosa, principalmente quando não for a de menor preço, de modo a evidenciar os motivos da preferência e permitir o confronto com as cláusulas do edital e com as normas disciplinares da licitação.¹⁷

Em razão da conclusão do doutrinador acima, conclui-se que a comissão organizadora da licitação tem o papel de analisar se a proposta está em conformidade com o que foi estabelecido no edital. Ademais, é pacífico o entendimento do TCU sobre a responsabilidade solidária dos membros da comissão da licitação quando o processo de licitação resultar danos ao erário.

1.4.3 Da garantia do desenvolvimento sustentável

O Princípio do Desenvolvimento Sustentável está presente no art. 225 da Constituição da República de 1988:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ed. 41. São Paulo: Malheiros, 2015. Pag. 313.

lo para as presentes e futuras gerações.

Segundo o art. 225 da CF/88 este princípio observa satisfazer as necessidades atuais sem comprometer os suprimentos das gerações futuras. Neste sentido, observou-se a necessidade de introduzir este princípio como a terceira finalidade das licitações, através da Lei 12.349/2010.

As licitações podem provocar grandes impactos no que concerne à esfera econômica de um país, estado ou município. Além de ocasionar impactos na esfera social, que decorrem de licitações que atendem somente interesses individuais, deixando de representar o interesse da coletividade.

Pode-se dizer que a garantia do desenvolvimento nacional sustentável decorre da escolha da proposta mais vantajosa à Administração, visto que a proposta mais vantajosa só trará à Administração os melhores resultados, sejam eles financeiros como também os sociais.

Neste viés, o autor Daniel Ferreira¹⁸ ressalta que o desenvolvimento sustentável passa exigir atenção e estudo, uma vez que é pequeno o número de gestores públicos que visam compreender o sentido desta finalidade.

Ademais, segundo Juarez de Freitas, “por força do princípio constitucional da sustentabilidade e das regras associadas, as licitações precisam sem protelação incorporar ao escrutínio das propostas critérios paramétricos de sustentabilidade para ponderar custos (diretos e indiretos) e os benefícios sociais, ambientais e econômicos”.¹⁹

Dessa forma, o desenvolvimento nacional sustentável não deve se limitar a questões ambientais, podendo ser considerando como um princípio geral, com aplicação ampla, buscando efetivar as garantias constitucionais.

É nesse contexto que, Alessandra Bagno de Almeida e Marinella Machado Araújo ressaltam que:

O termo desenvolvimento Sustentável, inicialmente utilizado unicamente para referir-se à necessidade de compatibilizar as atividade econômicas com o meio ambiente, tem sido ampliado, tornando-se multidimensional, de modo a abarcar em seu conteúdo também preocupações de natureza econômica política e social.²⁰

¹⁸ FERREIRA, Daniel. A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal. Ed. Fórum: Belo Horizonte. 2012, p. 33.

¹⁹ FREITAS, Juarez. Licitações Sustentáveis e o fim inadiável da miopia temporal na avaliação das propostas. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – Vitória, 2012.

²⁰ ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. 2013. p. 45.

Portanto, a Administração deverá levar em consideração o princípio do desenvolvimento sustentável em todas as esferas da Administração Pública, principalmente nas realizações de contratações com terceiros. Ademais, segundo Daniel Ferreira²¹, o desenvolvimento deve ser triplamente sustentável, ou seja, deve incluir os vieses econômico, social e ambiental. Do contrário, não se constitui um desenvolvimento.

Por fim, tendo estudado a história da licitação e, considerando suas finalidades básicas, o próximo Capítulo irá tratar das modalidades da licitação e os princípios norteadores.

²¹ FERREIRA, Daniel. A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável; prefácio Fabrício Motta; apresentação Luis Manuel Fonseca Pires. Belo Horizonte: Fórum, 2012.pag. 52.

2 CAPÍTULO 2 – MODALIDADES, TIPOS E PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Não há como discutir o problema central deste trabalho sem antes estudar as estruturas básicas de uma licitação, pois há uma ligação direta entre o problema e a modalidade adotada. Aliás, foi com base nos princípios da licitação que surgiram os questionamentos sobre a legalidade ou ilegalidade da existência de licitantes com sócios comuns em processos de contratação pública.

2.1 AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação, conforme os §§ 1.º ao 5.º do art., 22: concorrência, tomada de preços, convite e concurso. No entanto, há outras duas modalidades: o pregão, instituído pela Lei 10.520 e o RDC – Regime diferenciado de contratações públicas, instituída pela Lei 12.462/2011.

Neste sentido, ainda que o pregão não faça parte da Lei de Licitações e tenha seu próprio regulamento, este Capítulo irá aborda-lo juntamente com as outras modalidades da Lei 8.666/93.

2.1.1 Concorrência

Conforme está prevista nos arts. 22, §1º, e 23, §3º, da Lei nº 8.666/93, a concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. Acrescenta-se ainda que é uma modalidade que se enquadra a qualquer valor de seu objeto, seja na compra ou alienação de bens imóveis.

A modalidade concorrência deverá observar o prazo de 45 ou 30 dias, no mínimo, entre sua publicação e a data fixada para o recebimento e julgamento das propostas, conforme o art. 21, § 2 da Lei. Ademais, conforme os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles²², a concorrência obedece quatro requisitos principais: universalidade, ampla publicidade, habilitação preliminar e julgamento por comissão.

O primeiro requisito é a universalidade, que admite a participação de qualquer

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 41. Ed. São Paulo: Malheiros 2015.

interessado, independentemente de registro cadastral na Administração que a realiza; o segundo refere-se a ampla publicidade, ligado ao princípio da universalidade. Este requisito visa divulgar a concorrência podendo usar de todos os meios de informações disponíveis; quanto ao terceiro requisito, este trata da habilitação preliminar, ou seja, é a fase inicial do processo licitatório que é realizada logo após a abertura do procedimento; e por último o julgamento por comissão. Deste modo, os qualificativos dos interessados serão julgados por esta comissão, que será composta de pelo menos três membros.

Segundo a Lei nº 8.666/93, a concorrência pode ser utilizada para qualquer tipo de aquisição, serviços, obras, e compras por ser a mais ampla entre as modalidades, existindo três hipóteses em que ela é obrigatória. A primeira nos casos de obras e serviços de engenharia, onde o valor seja superior a R\$ 1.500.000,00. A outra hipótese é quando o caso for de compras e serviços que não sejam de engenharia que o valor seja superior a R\$ 650.000,00. E por último, na hipótese de alienação de bens imóveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia superior a R\$ 650.000,00.

Diante do exposto, é importante ressaltar que esta modalidade difere bastante da tomada de preços, pois, enquanto na modalidade concorrência se admite a participação de qualquer licitante através da convocação de quaisquer interessados, na tomada de preços só poderá participar os interessados que previamente foram cadastrados.

Os autores, Cyonil Borges e Ariel de Sá comentam sobre um ponto que pode fazer a diferença para efeito de concurso, saber quando a concorrência é utilizada, independente dos valores envolvidos (§3.º do art. 23). Deste modo, independentemente do valor, a concorrência será obrigatória nos casos: a) Compra ou alienação de bens imóveis; b) Concessões de direito real de uso; c) Concessões de serviços públicos; d) Licitações Internacionais; e) Registro de preços; e f) Empreitada integral.²³

Conforme dispõe o § 3º, do art. 23, da Lei 8.666/93:

A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

Importante, portanto, caracterizar a concorrência como a modalidade que possui caráter universal, tendo em vista sua ampla abrangência.

²³ Borges, Cyonil; Sá, Adriel. *Direito Administrativo Facilitado*. 2015. São Paulo: Método, p.527.

2.1.2 Tomada de preços

A tomada de preço destina-se a transações de vulto médio. É a modalidade em que a participação na licitação se restringe às pessoas inscritas em cadastros da Administração, e que atendem a todas as condições exigidas no instrumento de convocação, até o terceiro dia anterior à data fixada para o recebimento das propostas, conforme art. 22, §2º da Lei 8.666/93.

Ademais, Márcio dos Santos Barros, ressalta que os cadastrados são aqueles inscritos nos registros cadastrais mantidos pelos órgãos ou entidades que realizam licitações frequentes. Como esses cadastros possuem prazo de validade máxima de um ano, é lícito supor que dentre os documentos necessários ao cadastro alguns serão permanente (p.ex. CNPJ) e outros exigirão atualização (p.ex. certidão negativa de débitos junto à Receita Federal, ao Estado ou Município).²⁴

O procedimento para a tomada de preços segundo os autores Cyonil Borges e Ariel de Sá, é o mesmo previsto para a concorrência, distinguindo-se desta, no essencial, pela existência de habilitação prévia, que é o cadastro prévio à habilitação do edital e, pela presença de prazos diferenciados em relação a publicação do edital.²⁵

Os seus limites se aplicam a obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 1.500.000,00 e, para compras e serviços outros que não de engenharia, até R\$ 650.000,00.

Por fim, nesta modalidade parte-se da habilitação diretamente para a abertura das propostas, com todas as etapas semelhantes a concorrência.

2.1.3 Convite

O convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis, conforme art.21, §2º, IV, da Lei 8.666/93.

Seus limites aplicáveis são os seguintes: a) para obras e serviços de engenharia, até R\$ 150.000,00; b) para compras e serviços outros que não de engenharia, até R\$

²⁴ BARROS, Márcio do Santos. 502 comentários sobre licitações e contratos administrativos. 2011. 2º Ed. São Paulo: NDJ, p. 181.

²⁵ Borges, Cyonil; Sá, Adriel. Direito Administrativo Facilitado.2015. São Paulo: Método, p. 528.

80.000,00

Um fator relevante nesta modalidade é que independentemente de estar cadastrado ou não, outros interessados e que não foram convidados também poderão disputar o convite se, após tomarem conhecimento dele, efetivarem o cadastro dentro do prazo estabelecido (três dias antes do recebimento das propostas).

Ademais, no §7, do art. 22 da Lei diz que, ainda que não seja atingindo o número mínimo de participantes, em razão de limitação de mercado ou falta de interesse dos convidados, a licitação ainda poderá ser realizada, porém, as circunstâncias devem ser justificadas.

Desta forma, o TCU por meio da súmula 248 determinou:

Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, quando não alcançado o número mínimo de participantes por motivos de desinteresse dos convidados, a Administração não poderá adotar a dispensa de licitação prevista no art. 24, V,²⁶ pois se presume que a ausência dos interessados teria sido causada pela própria Administração.

Quanto ao julgamento desta modalidade, caberá a Comissão de Julgamento das Licitações, porém, será possível também por um servidor designado para esse fim.

2.1.4 Concurso

Esta modalidade tem como finalidade algo bem diferente das modalidades já abordadas acima. O §4 do art. 22 da Lei de Licitações define como uma modalidade entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes no edital.

O autor Hely Lopes Meirelles acrescenta que “é modalidade especial de licitação que, embora sujeita aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da

²⁶ Lei 8.666/93. Art. 24. É dispensável a licitação: [...]V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

concorrência”.²⁷

O concurso terá regulamento próprio, no entanto, deverá ser acessível a todos os interessados. O regulamento indicará a qualificação exigida e, estabelecerá quais serão as diretrizes e o modo de apresentação do trabalho, além de fixar as condições de realização e os prêmios a serem oferecidos, conforme o art. 52 da Lei 8.666/93.

Neste sentido, nesta modalidade não se aplica os tipos de licitação (menor preço, melhor técnica). Ou seja, os concursos serão avaliados a partir dos critérios estabelecidos pelo próprio regulamento.

2.1.5 Leilão

Nesta modalidade, a Administração não adquire nenhum bem ou serviço. O que há é um processo de alienação de bem móvel ou imóvel. Deste modo, busca sempre pelo maior preço, e não o menor.

Além do mais, nesta modalidade, diferente das outras, a divulgação das propostas é essencial na busca de um bom resultado, uma vez que é com a divulgação que ocorrerá a disputa entre os participantes e a possibilidade de elevar o valor das propostas. Desta forma, é essencial que o Leilão tenha ampla publicidade, através de edital, indicando objeto, local, dia e hora em que acontecerá a arrematação.

Seu prazo mínimo é de 15 dias desde a publicação do edital do leilão até a data de sua ocorrência.

O art. 22. §5º da Lei 8.666/93 define o Leilão como a modalidade de licitação que é livre a quaisquer interessados que desejam adquirir bens móveis inservíveis para a Administração, ou, ainda, produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, e que seja igual ou superior ao valor da avaliação.

O autor Hely Lopes Meirelles informa dois tipos de leilão: o comum, regido pela legislação federal pertinente, porém, as condições para realiza-lo poderão ser estabelecidas pela Administração que estiver interessada; o outro tipo trata-se do leilão administrativo, instituído para vendas de mercadorias apreendidas como contrabando, ou abandonadas nas alfândegas, em armazéns ferroviários ou nas repartições públicas em

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41 Ed. São Paulo: Malheiros 2015, p.386.

geral.²⁸

O autor ainda acrescenta que, por ser, o leilão, um ato negocial instantâneo: “não se presta às alienações que dependam de contrato formal. Realmente, no leilão, o bem é apregoado, os lances são verbais, a venda é feita à vista ou a curto prazo e a entrega se processa de imediato”.²⁹

No entanto, Hely Lopes Meirelles (2015, p. 287) também aborda em sua livro o Programa Nacional de Desestatização, aprovado pela Lei 8.031/90, e reformulado pela Lei 9.491/97, que deu a modalidade leilão outra versão de procedimento licitatório. Esse programa cujo objetivo é reordenar a economia do Estado, transferindo à iniciativa privada atividades que anteriormente eram exploradas pelo setor público.

Neste sentido, o leilão passou a assumir várias modalidades operacionais de privatização, como por exemplo, alienação de ações, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; e a concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, conforme art. 4º, §3º.

2.1.6 Pregão

Como já mencionado anteriormente, o Pregão não é regulamentado pela Lei principal que rege este trabalho, a Lei 8.666/93, e sim pela Lei 10.520/2002.

Para o autor Celso Antônio de Bandeira³⁰, o pregão pode ser entendido como a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

A propósito, os Autores Cyonil Borges e Adriel de Sá comentam sobre o sucesso do pregão alcançado na esfera federal, e que em razão disto criou-se o Decreto 5.450/2005, que tornou o pregão modalidade obrigatória na esfera federal para as licitações envolvendo aquisições de bens e serviços comuns, utilizando preferencialmente a sua forma eletrônica. Porém, para os demais entes políticos, o pregão é de uso facultativo, conforme estabelece o art. 1º da Lei 10.520/2002.³¹

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41 Ed. São Paulo: Malheiros. 2015.p. 386.

²⁹ Ibidem.

³⁰ MELLO, Celso Antônio de Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32º ed. São Paulo, 2015.p. 580.

³¹ Borges, Cyonil; Sá, Adriel. *Direito Administrativo Facilitado*. São Paulo: Método, 2015. p.645.

O parágrafo único do art. 1º da Lei do Pregão define que serão considerados como bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado.

Ademais, ressalta-se que a modalidade pregão não tem um ‘teto’, um valor máximo, ou seja, sua utilização é definida pela natureza do objeto que será licitado.

Acrescenta-se que, ao realizar licitações sob a modalidade pregão, é indispensável a elaboração de termo de referência, que deverá dispor sobre as condições gerais de execução do contrato, conforme art. 9º do Decreto 5.450/2000.

Quando ao procedimento doo pregão, de acordo com o art. 4º, I, da Lei 10.520, inicia-se com a convocação dos interessados, mediante aviso publicado no Diário Oficial ou em jornal de circulação local e, conforme o vulto da licitação, também deverá ser publicado em jornal de grande circulação.

Neste contexto, o prazo para a apresentação das propostas não poderá ser inferior a oito dias uteis, contados a partir da publicação da licitação, assim estabelece o inciso V do art. 4º da Lei 10.520/2000.

Chegado o momento da sessão no pregão presencial, as propostas serão entregues por escrito em um envelope que indicará objeto e o preço oferecidos, logo, será verificada sua conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

O autor Celso Antônio de Bandeira Melo ensina:

Tanto o autor da proposta mais baixa quanto os que hajam feito ofertas até 10% superiores a ela poderão fazer sucessivos lances verbais, até a proclamação do vendedor; e, se não tiver havido pelo menos três proponentes cujas ofertas preencham este requisito (10% de diferença em relação à mais baixa), os demais disputantes autores das melhores propostas, até o máximo de três, adquirem o direito de ofertar tais lances verbais)³²

Quanto ao pregão eletrônico, assim compara o autor:

No pregão realizado por meio eletrônico, regulamentado pelo decreto 5.450/2005, inexistente a regra dos 10% ou das três melhores ofertas. Todos os licitantes participam dos lances até que o pregoeiro determine o encerramento do prazo “randômico”, que consiste no aviso do fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até 30 minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.³³

No que se refere a condução do procedimento, diferente do que é adotado pela Lei

³² MELLO, Celso Antônio de Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32º ed. São Paulo, 2015. p.582.

³³ Ibidem, p. 580.

8.666/93, a Lei do Pregão admite que o pregão seja conduzido somente com um servidor, denominado de pregoeiro, e não uma equipe de servidores.

Sobre a designação do pregoeiro, ensina Marçal Justen Filho³⁴ que nada impede a institucionalização do pregoeiro, no entanto, não é necessário que a designação ocorra caso a caso. Nesse sentido, o órgão responsável pelo certame pode perfeitamente adotar ato regulamentar, fixando que os pregões da entidade poderão ser conduzidos por determinado servidor. Inclusive, não há impedimento quanto ao estabelecimento de um elenco de diferentes pregoeiros.

As propostas serão julgadas a partir do critério melhor preço, observando os prazos máximos de fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros definidos no edital. O pregoeiro que decidirá quanto a sua aceitabilidade, sendo-lhe dado o direito de negociar ou não com o proponente para abaixar o valor.

Por conseguinte, será aberto o envelope que conterá a habilitação daquele que ofertara a melhor proposta, logo, para fins de verificação do atendimento das condições previstas no edital referente as exigências habilitatórias.

2.1.7 RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas

O instituto do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, aprovado pelo Senado por meio do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2011 e regulado pela Lei nº 12.462/2011, originário da Medida Provisória nº 527-B/2011. Inspirado nas regras de contratação da União Europeia, dos EUA e nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

Trata-se de um novo regime licitatório, que possui como objetivo tornar as licitações do Poder Público mais eficientes, prezando sempre pela transparência e também pelo acompanhamento dos órgão de controle.

Contudo, o RDC é opcional, e deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório, que resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/93, salvo exceções previstas na própria Lei do RDC.

Conforme o art. 13 da lei, o processo preferencialmente deverá adotar o meio eletrônico e, caso não seja o eletrônico, admitir-se-á presencial, desde que seja justificado.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2016.

Sua criação justifica-se preponderantemente ao fato da Administração tencionar tornar os processos mais céleres, econômicos e eficientes na contratação pública. Destina-se exclusivamente a obras de grandioso vulto, por exemplo, copas do mundo, jogos olímpicos ou paraolímpicos.

2.2 OS TIPOS DE LICITAÇÃO

Os tipos de licitação estão previstos no §1.º do art. 45 e compreende quatro categorias: menor preço, melhor técnica, melhor técnica e preço e de maior lance ou oferta nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

2.2.1 Menor preço

No julgamento pelo menor preço o critério de seleção é a obtenção da oferta de menor valor. No entanto, o Celso Antônio Bandeira de Mello chama atenção para o fato que nem sempre o preço mais baixo é o menor preço, uma vez que a lei (art.43, V, art. 44, caput, e art. 45) aborda sobre “critérios de avaliação”, deste modo, o julgamento se dará considerando paralelamente outros fatores, como também os “tipos” de licitação.³⁵

Sob esta égide, o autor comenta que as condições de pagamento e o rendimento podem interferir na identificação do preço, propiciando um reconhecimento claro, ainda quando nominalmente não apareça no primeiro momento.

2.2.2 Melhor Técnica

No julgamento pelo critério da melhor técnica, a seleção da proposta mais vantajosa é a que resulta pela escolha daquela que alcança um índice técnico mais elevado que as demais.

Neste sentido leciona Hely Lopes Meirelles³⁶ que uma licitação que se adote a melhor técnica, o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, que tenha uma rentabilidade maior. Em razão desses objetivos, é permitido a Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre pode obter a melhor técnica dentro das especificações e do

³⁵ MELLO, Celso Antônio de Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32º ed. São Paulo, 2015, p.620.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41 Ed. São Paulo: Malheiros. 2015.p.332.

preço negociado pela Administração.

Segundo os autores Cyonil Borges e Adriel de Sá, esse tipo de licitação se aplicará exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, como por exemplo, elaboração de projetos, cálculos fiscalização, supervisão e gerenciamento de engenharia consultiva em geral e, em particular para a elaboração de estudos técnicos preliminares básicos e executivos.³⁷

2.2.3 Técnica e Preço

As licitações que aderem técnica e preço, estão reguladas no §2º do art. 46 da Lei 8.666/93. De acordo com o autor Celso Antônio de Bandeira de Mello, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, em conformidade com os pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório.³⁸

2.2.4 Maior Lance ou Oferta

Esse tipo de licitação é específico para os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, onde os licitantes vencedores apresentam o maior lance ou a maior oferta.

A doutrina clássica salienta, através do renomado Gasparini³⁹, que este é o tipo de licitação adequado para venda de bens, outorga onerosa de concessões e permissões de uso e de bens ou serviços públicos e locação em que a Administração Pública é a locadora, cuja proposta vencedora é a que faz a maior oferta. Aliás, salienta ainda que é o tipo de licitação que não oferece qualquer dificuldade na sua promoção.

Ademais, neste tipo de licitação é imprescindível que o edital expresse um valor mínimo para o início dos lances, a fim de balizar a oferta dos participantes, uma vez que esse valor deverá ser resultado de uma avaliação que foi feita pela Administração anteriormente.

³⁷ Borges, Cyonil; Sá, Adriel. *Direito Administrativo Facilitado*. 2015. São Paulo: Método, p.518.

³⁸ MELLO, Celso Antônio de Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32º ed. São Paulo, 2015, pag. 621.

³⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15.Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pag. 671

2.3 OS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Os princípios constitucionais são elementos norteadores que servem para estruturar o Estado do Direito, guardando os valores fundamentais da ordem jurídica. Como normas legais, exercem um papel importante na busca da interpretação constitucional.

Neste prisma, o autor José Cristovam⁴⁰ eludiu que os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, conferindo a racionalidade sistêmica e a integralidade ao ordenamento pátrio. Para além deste, constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora que representam normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Considerando a função dos princípios, cabe agora abordar aqueles concernentes ao processo licitatório, buscando esclarecer sua relevância na busca de um resultado eficiente e justo à Administração Pública.

E, no art. 3º da Lei Geral, encontra-se todos os princípios elencados. O texto da Lei dispõe que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. E que esta será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

A propósito, no Capítulo I deste trabalho, os princípios constitucionais da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa já foram abordados, ainda que resumidamente. Logo, limita-se a falar dos princípios da licitação. Assim exposto, elucidar-se-á cada um dos princípios da licitação através dos tópicos seguintes.

2.3.1 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está ligado ao dever da Administração de publicar os atos e termos da licitação, expondo a todos os interessados. É um dever de transparência,

⁴⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre os Princípios Constitucionais – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. Editora Juruá, Curitiba, 2006. Pag. 69.

em prol não apenas dos participantes, mas de todo o cidadão.⁴¹

A Lei 8.666/93, no §3º do art. 3º assim estatui: “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Dessa maneira, estabelece o art. 4º da Lei 8.666/93:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

No entanto, é oportuno destacar uma observação feita pelos autores Cyonil Borges e Adriel de Sá, quando afirmam que o conceito de publicidade não se resume somente às publicações na Imprensa Oficial e nos Jornais diários de grande circulação, conforme previsão na lei 8.666/93 (art. 5º, caput; art. 15 § 2º; art. 21, caput; art. 26, caput; art. 61, parágrafo único; art. 109, §1º).⁴², principalmente após o advento da Lei 12.527/2011, que regulamentou o acesso à informação previsto no inc. XXXIII do art. 5º e outros da Constituição Federal.

2.3.2 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Segundo o art. 41º da Lei 8.666/93, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, a qual se acha estritamente vinculada.

O autor Hely Lopes Meirelles⁴³ conceitua o princípio da vinculação ao instrumento convocatório como aquele que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que regem todas as fases do certame. E completa dizendo que essas prescrições não decorrem somente da lei, mas também do regulamento, de caderno de obrigações ou até mesmo do próprio edital ou convite.

Este princípio pode ser considerado um inibidor de criação de novas regras ou critérios após a expedição do edital ou carta convite, de modo que surpreende os

⁴¹ MELLO, Celso Antônio de Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32º ed. São Paulo, 2015.

⁴² BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. *Direito Administrativo Facilitado*. São Paulo: Método, 2015. pag.483.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41 Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pag.312.

licitantes.⁴⁴ Inclusive há um julgado⁴⁵ do STJ que deixa bastante claro a importância em observar este princípio

Considerando o julgado e o conceito eludido por Hely Lopes Meirelles, não há saída para a Administração. A vinculação ao edital é um fator indispensável a realização da licitação. Caso contrário, a Administração estaria diante de um processo de licitação passível de revogação ou anulação.

2.3.3 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, este princípio significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos, ou seja, impõe à Administração e também aos licitantes um comportamento correto de uma parte para a outra.⁴⁶

Ademais, Hely Lopes Meirelles declara que:

O agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.⁴⁷

A propósito, os autores Cyonil Borges e Adriel de Sá, também ressaltam que a Administração tem o dever de cumprir não somente conforme a lei, mas com o “espírito” desta. Logo, toda a conduta deve estar atrelada à legalidade em sentido amplo.⁴⁸

⁴⁴ BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. *Direito Administrativo Facilitado*. São Paulo: Método. 2015, pag. 487.

⁴⁵ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MODALIDADE CONCORRÊNCIA. AMPLIAÇÃO DE FÓRUM A CARGO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE CONCORDÂNCIA DORESponsável TÉCNICO. NAO APRESENTAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NAO DEMONSTRADO. **1.** Recurso ordinário em mandado de segurança no qual se discute a possibilidade de cumprir-se exigência de edital de licitação, consistente na concordância do responsável técnico indicado para a obra a ser realizada, por outros documentos que não a declaração exigida pela administração pública por ocasião da apresentação dos documentos de habilitação do licitante. **2.** A Administração Pública, por conta própria, não poderia atribuir a responsabilidade técnica, por presunção, uma vez que necessária expressa concordância do profissional, razão pela qual não se pode falar que se trata de pura formalidade que poderia ser relevada pela administração. **3.** Oportunizar que a recorrente, em momento posterior àquele previsto no edital, realize ato em prazo superior ao conferido aos demais licitantes e, ainda, por outro meio que não a pré-estabelecida declaração de concordância do responsável técnico, por ocasião do envelope de habilitação, importaria em violação dos princípios da legalidade e da impessoalidade. **4.** Recurso ordinário não provido.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio de Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32º ed. São Paulo, 2015, pag 552.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41 Ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

⁴⁸ BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. *Direito Administrativo Facilitado*. São Paulo: Método. 2015.pag. 532.

Ademais, pode-se dizer que este princípio engloba o princípio da probidade administrativa. Aliás, para alguns doutrinadores, a probidade é um conceito mais amplo de moralidade.

Nesta perspectiva, o autor Celso Bandeira Mello⁴⁹ afirma que o administrador público deve ser probo, e não utilizar de cargo para auferir vantagens para si ou para pessoas do seu círculo. Deve agir com lealdade e boa-fé para com a Administração e os licitantes.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que:

Também merece menção o artigo 15, inciso V, que inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º. Por sua vez, o artigo 5º, inciso LXXIII, ampliou os casos de cabimento de ação popular para incluir, entre outros, os que implique a moralidade administrativa.⁵⁰

Tendo em vista os ensinamentos dos doutrinadores acima e também o entendimento sobre o conceito de moralidade, é inquestionável a necessidade da observação destes princípios na realização de um processo licitatório. Aliás, não exigir uma conduta correta dos administradores públicos e também dos interessados seria agir de forma contrária ao interesse maior, o interesse público.

2.3.4 Princípio do Julgamento Objetivo

Este princípio tem como fundamento determinar à Administração que se balize em critérios objetivos já definidos no instrumento convocatório.

De tal forma, o conceito mencionado por Hely Lopes Meirelles⁵¹ sobre o princípio do julgamento objetivo informa que é aquele que se baseia no critério e nos termos específicos indicados no edital. Ademais, preconiza que todas as licitações devem fundar seu julgamento apoiando-se nos fatores concretos solicitados pela Administração, confrontando o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Acrescenta-se que este princípio visa afastar o perfil discricionário na escolha das propostas, exigindo dos julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração.

A propósito, o art. 45 da Lei 8666/93 definiu que o julgamento das propostas será

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio de Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32º ed. São Paulo, 2015.

⁵⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Gen Forense, 2017. pag. 77.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pag.313.

objetivo, considerando que a comissão de licitação ou o responsável pelo convite deverão realizá-lo conforme os tipos de licitação e os critérios previamente estabelecidos.⁵²

Sob esta égide, o STJ consagrou este princípio a julgar o seguinte exame:

Recurso Especial nº 14.980-0/RJ, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro (DJU 02.05.1994): "EMENTA: Administrativo. Concorrência pública. Princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo. Violação. I - Constitui ofensa aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo admitir-se que candidatos entrem em concorrência para fornecimento de medidores com bases rígidas de liga de alumínio silício sobre pressão e com tampas de vidro transparente e, ao final, dar como vencedora proposta para fornecimento de medidores com bases de aço e tampa de policarbonato. II - Ofensa ao art. 3º do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, caracterizada. III - Recurso especial conhecido e provido."⁵³

Outrora, o autor Márcio dos Santos Barros ensina que, ainda que a observância estrita dos termos do edital para alguns doutrinadores possa impossibilitar a Administração critérios mais vantajosos, isto não quer dizer que as propostas não devem levar em conta o interesse público.⁵⁴

E por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que, “o princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”.⁵⁵

2.3.5 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade está atrelado a ideia de excluir a promoção dos agentes públicos sobre suas realizações administrativas. A propósito, a Constituição Federal não permite que os agentes públicos tenham privilégios, pois na tentativa de promovê-lo, estes podem obter vantagens e privilégios que não condizem com os objetivos a serem alcançados pela Administração.

Hely Lopes Meirelles, conceitua este princípio dispondo que se trata de um

⁵² Lei 8.666/93 - Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

⁵³ STJ - Recurso Especial nº 14.980-0/RJ, Relator: ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Data da Publicação: DJU 02.05.1994.

⁵⁴ BARROS, Márcio dos Santos. *502 Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos*. 2º Ed. São Paulo: NDJ, 2011. Pag. 365.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio de Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32º ed. São Paulo, 2015.

clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.⁵⁶

Inclusive, para Matheus Carvalho, este princípio traduz a ideia de que a atuação do agente público deve-se pautar pela busca dos interesses da coletividade, visando não prejudicar ou beneficiar ninguém em especial. Para ele, o princípio da impessoalidade reflete a necessidade de uma atuação que não discrimina pessoas, seja para o benefício ou prejuízo.⁵⁷

Como decorrência deste princípio, o art. 37, § 1º da Constituição Federal estabelece que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que promovam as autoridades ou servidores.

Caso fosse permitido a vinculação de atividades públicas a identidade dos agentes públicos, estar-se-ia atribuindo conduta estatal ao próprio agente público, o que não é justo, um vez que atuou investido de *múnuss* público⁵⁸ para a efetivação da atividade do Estado.⁵⁹

Segundo Daiane Garcias Barreto, sobre a impessoalidade, ensina que:

Objetiva coibir a prática de atos que visem a atingir fins pessoais, impondo, assim, a observância das finalidades públicas. O princípio da impessoalidade veda portanto, atos e decisões administrativas motivadas por represálias, favorecimentos, vínculos de amizade, nepotismo, dentre outros sentimentos pessoais desvinculados dos fins coletivos.⁶⁰

Desta forma, compreende-se que este princípio busca pela eficácia da Administração, como também a eficiência do administrador. Em suma, busca-se pela eficácia da aplicabilidade do direito administrativo como um todo.

2.3.6 Princípio do Sigilo das Propostas

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2015. 41ª, São Paulo: Malheiros, pag.95.

⁵⁷ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª Ed. Bahia. Editora JusPodivm. 2015, p.65.

⁵⁸ A palavra *múnus* tem origem no latim e significa dever, obrigação, etc. O *múnus* público é uma obrigação imposta por lei, em atendimento ao poder público, que beneficia a coletividade e não pode ser recusado, exceto nos casos previstos em lei. Disponível em:

< <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/munus-publico> > Acesso em 20 de maio de 2017.

⁵⁹ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª Ed. Bahia. Editora JusPodivm. 2015, p.66.

⁶⁰ BARRETO, Daiane Garcias. *Sinopses Jurídicas de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Edijur, 2016.

Este princípio busca assegurar a igualdade entre os licitantes, pois, na medida em que estes detenham o conhecimento das propostas dos seus proponentes, ficariam em posição vantajosa perante os demais.

Assim, o sigilo das propostas deverá ser resguardado até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham após a habilitação conforme arts. 3º, §3º, e 43, §1º. A quebra do sigilo das propostas é um crime regido pelo art. 94 da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, sustenta o autor Matheus Carvalho⁶¹:

De fato, a licitação é pública e os atos praticados no bojo do procedimento licitatório não podem ser sigilosos ou secretos, contudo, as propostas apresentadas pelos licitantes são sigilosas até a data da abertura dos envelopes, a ser feita em conjunto por todos os concorrentes, em sessão pública. Até este momento, previamente determinado pelo edital, um licitante não pode saber da proposta do outro, pois a violação do sigilo da proposta representa Improbidade administrativa e crime definido na própria lei de licitações. Situação diversa configuraria privilégio de alguns licitantes em detrimento de outros, em ofensa clara ao princípio da isonomia.

Considerando os ensinamentos do autor, percebe-se que tal princípio pode ser relacionado diretamente com a questão da participação de licitantes com sócios em comum ou com relação de parentesco nos processos de licitação, dado que se a quebra do sigilo for intencional, o conluio entre as empresas será evidente.

Em razão do exposto, o TCU se posicionou no sentido que nos casos em que a modalidade adotada for convite, a participação de empresas com sócios comuns será considerada irregular, pois além de afastar a competitividade efetiva do certame, compromete o sigilo das propostas.

2.3.7 Princípio da Competitividade

Conforme preconiza §1.º do art. 3º da Lei 8.666/93 a Administração pública não deve adotar providências ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter da competição, de igualdade da licitação.

Sob este viés, o art. 7º, §5º da Lei 8.666/93 veda a realização de licitação cujo

⁶¹ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2º Ed. Bahia. Editora JusPodivm. 2015, p.433.

objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas. Exceto quando se tratar de casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime da Administração contratada.

Portanto, ao elaborar o edital, o administrador probo deverá observar as disposições previstas nos artigos citados acima, e não incluirá exigências ou cláusulas que restrinjam a competição.

A propósito, este princípio também se correlaciona com o problema deste trabalho, uma vez que a participação simultânea de licitantes com sócios em comum aparentemente, pode ameaçar o caráter competitivo do certame, posto que é possível haver interesses em comum entre eles.

Desta forma, o autor Toshio Mukai⁶² diz que, “se num procedimento licitatório, por obra de conluio, falta a competição entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto do mesmo”.

Por conseguinte, o próximo capítulo tratará do problema central deste trabalho. Assim, tendo em vista os apontamentos realizados até aqui, será possível visualizar a aplicabilidade dos princípios norteadores da licitação, como também as modalidades mais passíveis de serem expostas ao problema da participação de licitantes com sócios comuns nos processos de licitação.

⁶² Cyonil Filho. Comentários à lei de licitações e contratos – Lei nº 8.666/1993, Disponível em: < https://www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/CyonilCunha/cyonil_toq5.pdf > Acesso em 23 de junho de 2017.

3 CAPÍTULO 3 - DO POSSIVEL RISCO À ADMINISTRAÇÃO NOS CASOS DE PARTICIPAÇÃO SIMULTÂNEA DE EMPRESAS COM SÓCIOS EM COMUM EM PROCESSOS DE LICITAÇÃO

A participação simultânea de empresas com sócios comuns em processos de licitação é um tema que gera discussões e controvérsias entre os estudiosos do direito administrativo. Contudo, é possível dizer que trata-se de um problema aparentemente já resolvido. Porém, ao se deparar com alguns casos de licitação, os questionamentos sobre a possibilidade ou a impossibilidade desta participação simultânea volta a surgir.

3.1 O PORQUÊ DA PREOCUPAÇÃO

A Administração Pública, ao elencar os princípios norteadores da licitação priorizou pela supremacia do interesse público, todos os princípios no fim possuem como objetivo trazer para a Administração o melhor resultado esperado de um processo licitatório. Ou seja, aquele que oferecer o melhor preço ou técnica, longe de vícios ou fraude.

Neste sentido, caso a comissão responsável pela licitação do certame deixe de observar com atenção os interessados em participar do certame, a Administração corre o risco de realizar um processo fraudado. Há sérios riscos de conluio, combinado com troca de interesses, causando à Administração uma mera sensação na contratação.

O esquema de fraudar processos licitatório vem sendo algo muito corriqueiro no âmbito da Administração. Os gestores privados estão cada vez mais hábeis em burlar o procedimento. É como se a licitação fosse um meio autorizado de “roubar” dinheiro público, ou ainda, um meio seguro e longe de ser punido por sanções mais severas.

Neste viés, essa segurança que os licitantes presumem haver deve ser entendida como um desrespeito a Administração Pública, em razão da naturalidade com que empresas desviem recursos, concedem favores e vendam bens e serviços sem observar o devido procedimento licitatório.

Ademais, quando a fraude for decorrente de licitação em que foi evidenciado a presença de licitantes de um mesmo grupo econômico ou com sócios comuns, fica bastante evidente o afrontamento ao princípio da competitividade. A propósito, qualquer ameaça a seleção da proposta mais vantajosa atinge o caráter da competição e da igualdade de licitação.

Conforme ensina o autor Fazzio⁶³, “o caráter competitivo é a circunstância que torna a escolha do negócio de interesse da Administração Pública dependente de licitação”

Deste modo, é importante que órgãos responsáveis pela licitação e a comissão ajam com prudência na aprovação das empresas que iram participar do certame. Qualquer presença de fraude deve ser apurada de imediato, e a omissão da comissão, nesses casos pode ser considerada como um ato negligente. Ou, ainda, na pior das hipóteses, a comissão está ciente do conluio e quer garantir algum proveito disto.

Portanto, a partir do momento em que os recursos de uma Administração estão expostos ao proveito de gestores de má fé, a preocupação é válida. Os órgãos públicos e a comissão de licitação não podem se dar ao direito de ignorarem fatores que indicam a possibilidade de fraude, mesmo que isso comprometa o andamento do certame. Deste modo, o próximo subitem irá demonstrar as maneiras possíveis de burlar o processo licitatório quando há a intervenção de empresas com sócios comuns.

3.1.1 Da possibilidade de fraude

Ainda que tão somente a participação simultânea de empresas com sócios comuns em um processo de licitação não caracterize fraude, presume-se a sua possibilidade.

O art. 90 da Lei 8.666/93 assim preceitua:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

O art. 90 do Estatuto deixa claro que o objetivo fim em fraudar um processo licitatório se resume em obter vantagem para si ou para outrem, independente dos danos que causarão ao erário. E é exatamente isso que acontece nos casos de conluio entre sócios comuns de distintas empresas.

O resultado esperado, através desse conluio, é obter para si o melhor preço de uma compra ou venda, por exemplo, mascarando os valores reais das ofertas e consequentemente acarretando prejuízo à Administração. Esse esquema é conhecido como “*coelho*”.

⁶³ FAZZIO Júnior, Waldo. *Fundamentos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

O “coelho” é aquele participante que oferece um preço num valor muito abaixo do mercado. Deste modo, os outros participantes do certame desistem dos lances por não conseguirem cobrir a oferta. Contudo, esta empresa no momento de sua habilitação apresentará algum motivo o qual fará com que ela seja considerada inapta para ser declarada vencedora do certame. Ou seja, uma derrota previamente combinada. No entanto, dentre os licitantes haverá uma que não desistiu dos lances, a empresa que está em conluio com o “coelho”, ficando em segundo lugar com um preço bem superior a aquele. Esse esquema é muito presente nos casos de Pregão. Sendo assim, esta empresa será convocada para apresentar os documentos e vencerá a licitação, pois é a regra desta modalidade.⁶⁴

Todavia, esta conduta é típica, porém, é difícil provar o conluio. O que é possível concluir são os indícios encontrados, cabendo ao órgão responsável pela licitação reunir o maior número de indícios e comprovar o conluio.

Outro meio de burlar o processo é a instituição dos carteis em licitação. O cartel é considerado como uma das mais graves ameaças a ordem econômica. O art. 36, §3º da Lei 12.529/2011, que disciplina sobre a defesa da concorrência, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, exemplifica um rol taxativo de práticas anticompetitivas:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Neste sentido, os cartéis têm como objetivo estabelecer acordos para fixar preços e condições de venda, além de acordos para dividir clientes, restringir ofertas e produtos e, por último firmar acordos para fraudar o caráter competitivo de licitações.

Ademais, conforme o Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível a cumulação

⁶⁴ Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 70. Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011.

dos dois tipos de crime, fraude e cartel. Já o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), entende que empresas que possuem sócios comuns ou com relação de parentesco, porém não pertencente ao mesmo grupo, pode haver a cumulação desde que provado o ajuste.⁶⁵

O maior problema quanto aos cartéis é a dificuldade em detectá-lo, pois os dados referentes a processos de licitações são de difícil acesso. Visto isto, se a Administração não tiver em mãos as ferramentas suficientes, ocorrerá limitações no cruzamento de dados. A propósito, os prejuízos decorrentes de preços cartelizados variam entre 15% a 20%.

Conforme apresentação do CADE⁶⁶, “no caso de cartéis em licitações, os envolvidos costumam valer-se de estratégias múltiplas, com a mitigação da competição e a alocação privada e artificial de contratos entre empresas que, na verdade, deveriam competir entre si”.

Neste viés, o CADE em sua apresentação listou as estratégias principais utilizadas em cartéis de licitações:

- a) **Propostas Fictícias ou de Cobertura (“cover bidding”)**: envio de propostas (i) que são mais elevadas do que a proposta do candidato escolhido previamente para vencer o certame; ou (ii) que contém condições específicas que a tornarão inaceitáveis para a Administração.
- b) **Supressão de Propostas (“bid suppression”) ou Retirada de Propostas (“bid withdrawal”)**: uma ou mais empresas concordam em se abster de concorrer ou retiram proposta apresentada para que determinado concorrente vença a licitação.
- c) **Propostas Rotativas ou Rodízio (“bid rotation”)**: as empresas combinam um “rodízio” de vencedores, alternando-se a identidade do concorrente que apresentará o valor mais baixo e, assim, vencerá a licitação.
- d) **Divisão de Mercado**: as empresas acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas.
- e) **Subcontratação**: A subcontratação permite a remuneração dos demais integrantes do cartel que contribuíram para que o certame fosse vencido pelo concorrente pré-definido, por valores supra competitivos⁶⁷

Essas estratégias são muito convenientes para empresas que compartilham os mesmos interesses. Aliás, é muito pertinente para as empresas que possuem sócios em comum.

Na maioria dos casos em que constam a presença de cartel, é possível perceber a

⁶⁵ ALMEIDA, Tereza Cristina de. Cartéis em Licitações. Brasília. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Publicado em 11 de novembro de 2016

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

similitude entre as propostas apresentadas pelas empresas e uma relação de parentesco entre os sócios, ou ainda, casos de sócios em comum.

Em razão do exposto, a Controladoria Geral da União criou o sistema ODP, Observatório da Despesa Pública, que visa contribuir para o aprimoramento do controle interno e funcionar como ferramenta de apoio a gestão pública. O resultado esperado por esse sistema consiste em gerar insumo para a realização de auditorias e fiscalizações conduzidas pela CGU.

A propósito, o Tribunal de Contas da União de Santa Catarina, foi o primeiro tribunal a implantar o sistema ODP, justificando-se pela importância do compartilhamento dos dados fornecidos pelo banco de informações do sistema, uma vez que resultará em maior transparência para a população, além de ser um campo vasto para se evitar as perdas de recursos públicos.

Considerando o exposto, o “coelho” e o cartel são os meios que as empresas, usando da má-fé, buscam obter para si o melhor resultado, mesmo que possam causar danos ao erário. Sendo assim, anteriormente a habilitação dos licitantes, é indispensável a análise do quadro societário das companhias, em constatando a comunicabilidade dos sócios, a Administração provocada pela comissão, deverá ficar atenta a possíveis indícios de fraude e da possibilidade do cartel.

3.1.2 Da omissão da Lei 8.666/93

De fato, Lei Geral das Licitações é omissa quanto ao problema em questão. Não há nada que restrinja a participação de sócios comuns em contratações públicas. Deste modo, os órgãos responsáveis pela licitação, ao elaborar o edital, não podem fazer essa restrição. Mesmo que eles não aprove a participação de empresas com sócios em comum em um mesmo certame, não há vedação em nenhuma lei sobre essa questão.

A Lei 8.666/93 em seu art. 9º dispõe um rol taxativo sobre aqueles impedidos de participar de um certame, veja-se:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

- I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico

ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Neste sentido, a omissão causa à Administração uma espécie de vulnerabilidade, pois, no decorrer do processo licitatório é difícil perceber se há a presença da má-fé dos licitantes. Além do mais, nesses casos, não deve se presumir a má-fé, mas sim, a boa conduta. No entanto, a Administração tem o direito e o dever de fiscalizar essas empresas, uma vez que é o único meio de evitar possíveis fraudes.

Ademais, abordar sobre a questão da omissão da Lei 8.666/93 quanto a comunicabilidade dos sócios é relevante, visto que a sua consequência atinge diretamente o caráter competitivo da licitação.

O princípio da competitividade conforme visto no segundo capítulo, é a essência da licitação. Ou seja, sem a presença de competidores não há competição, e licitação não seria possível. Contudo, não basta que tenha o número mínimo de participantes. É preciso haver uma competição transparente, justa e idônea entre os participantes, uma vez que qualquer indício de conluio dentro de um certame comprometeria a lisura da competitividade.

Todavia, há casos em que a licitação não alcança um grande número de interessados, ocorrendo muitas vezes o interesse de empresas de um mesmo grupo econômico. Logo, a Administração, nesses casos, não teria outra saída a não ser acompanhar, fiscalizar e permitir essa licitação.

Portanto, se houvesse vedação expressa sobre a participação de empresas com sócios em comum, nos casos em que o mercado de interessados é limitado, concentrado ou reduzido o certame estaria comprometido. Assim sendo, apesar da omissão legislativa acarretar consequências, mesmo se fosse sanada, traria problemas à contratações públicas.

Destarte, pode-se afirmar que a Lei 8.666/93, em sua omissão “resguardou” o princípio da competitividade, uma vez que assegura a licitação nos casos em que mercado seja limitado. Pois, ainda que haja licitantes com sócios em comum na licitação, sua participação será admitida, ficando somente sujeita a uma análise minuciosa que terá como fim identificar qualquer possibilidade de fraude contra à Administração.

3.2 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Considerando os estudos acadêmicos e doutrinários sobre a legalidade ou não da ocorrência de licitantes que possuem sócios em comum participando do mesmo certame, o Tribunal de Contas da União (TCU) manifestou-se sobre o tema no Acórdão 1433/2010.⁶⁸

Na decisão supracitada, o TCU entendeu que a participação de licitantes com sócios em comum evidencia riscos à Administração, ferindo os princípios como a isonomia e a competitividade. Ademais, atenta para a possibilidade de fraude através do “coelho”, esquema que tem como intuito desestimular a participação de outras empresas apresentando lances consideravelmente baixos em relação ao padrão do mercado. Nesta lógica, recomendou aos pregoeiros e demais servidores que fiscalizassem o quadro societário das empresas participantes.

Contudo, em 2013, o TCU já adotou posição diferente ao julgar sobre o mesmo tema, conforme o Acórdão 526/2013.⁶⁹

⁶⁸ Contratações públicas: Licitação com a participação de empresas com sócios em comum e que disputam um mesmo item prejudica a isonomia e a competitividade do certame (...). Para ela, “se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação”. Como consequência, ainda para unidade técnica, “é possível que existam empresas atuando como ‘coelho’, ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração”. Para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios, seria recomendável, então, que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomassem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, mediante alerta por intermédio do Comprasnet, a partir de modificações no sistema a serem feitas pela (omissis), o que foi sugerido pela unidade técnica ao relator, que acolheu a proposta, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 1433/2010 e 2143/2007, ambos do Plenário. Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 143 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 526/2013-Plenário, TC 028.129/2012-1, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 13.3.2013)

⁶⁹ [...] **A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra (...)** O relator anotou, a esse respeito, que “nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação”. E mais: “A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes”. Acrescentou que, de acordo com o precedente revelado pelo Acórdão 297/2009 – Plenário, a participação simultânea de empresas que tenham sócios comuns em um mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: “a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra”. (...) O Tribunal, então, em face de falhas outras identificadas na auditoria decidiu efetuar recomendações e determinações aos (omissis) e (omissis), e deixou de expedir determinação corretiva acerca do quesito acima destacado, tendo em vista a informação de que a referida vedação não mais tem sido inserida em editais dessas entidades. Precedentes mencionados: (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 143 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 526/2013-Plenário, TC 028.129/2012-1, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 13.3.2013).9 (grifou-se)

Neste acórdão, verifica-se uma análise diferente daquele primeiro citado. Enquanto no primeiro a presença de sócios em comum já caracterizava um risco ao processo de licitação, na decisão mais recente, o Relator considerou exceções. Ou seja, para ele a participação simultânea de empresas com sócios em comum em licitações não afronta a Lei 8.666/93, pois esta não apresenta nenhuma vedação nesse sentido.

No entanto, ressaltou que, quando se tratar de casos como o convite, dispensa de licitação, existência de relação entre os licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo, ou ainda a contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra, essas já possuíam caráter irregular.

No Acórdão 526/2013, o Relator observa o art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988⁷⁰, o qual garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, o Relator não presumiu a má-fé por parte dos administradores das empresas licitantes, além do mais, ressaltou a ausência de vedação expressa em lei.

Ao estudar os dois acórdãos, percebe-se que o primeiro, antes de observar a conduta dos administradores privados, preocupou-se, primeiramente em assegurar a natureza da licitação e consequentemente o preservar o princípio da supremacia do interesse público, haja vista o caráter temerário que a comunicabilidade os sócios traz ao processo licitatório. Neste interim, nota-se uma preocupação maior com o interesse público com vistas a obtenção da proposta mais vantajosa do que com a inexistência de vedação da participação desses licitantes.

Destarte, é sabido que o princípio da supremacia do interesse público em conjunto com o princípio da indisponibilidade do interesse público formam os pilares do regime jurídico administrativo. Sendo assim, o interesse público se sobrepõe ao interesse do privado, porém, não deixando de observar os direitos e as garantias individuais.

Dessa forma, levando-se em consideração o princípio da supremacia do interesse público, a Administração poderia ter pelo menos a possibilidade de escolha em permitir ou não a participação simultânea dos licitantes que possuem sócios em comum.

Todavia, a Constituição Federal é a norma que dispõe sobre as limitações e a atuação administrativa. José Sérgio da Silva Cristovam, entende que a concretização dos

⁷⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

limites e contornos no que se refere ao interesse público em determinada situação concreta deverá depender de um juízo ponderativo da Administração. Contudo, se submetendo à ordem normativa de regras e princípios constitucionais que fundamentam e legitimam as ações de natureza e caráter públicos.⁷¹

Considerando o exposto, a Administração, de certo modo, não poderia restringir a participação, visto que a Lei 8.666/93 não faz essa vedação. Além do mais, conforme o princípio da legalidade, a iniciativa privada poderá realizar qualquer atividade desde que não tenha previsão em lei que a proíba, enquanto o público somente poderá fazer o que a lei autorizar, salvo certa margem de discricionariedade.

Dessa forma, ainda que optar pela impossibilidade da participação simultânea de licitantes com sócios em comum seja o melhor meio de afastar a possível ameaça ao princípio da competitividade, e conseqüentemente do interesse público, a Administração não possui amparo legal para declarar tal restrição.

Outrora, o Tribunal de Contas da União também contempla no que diz respeito a presença da relação de parentesco entre empresas licitantes. Para o TCU, ao identificar a participação destas empresas, a Administração deverá barrá-las por entender como uma afronta aos princípios da competitividade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa.

Nesses casos independentemente da modalidade adotada, constatado o parentesco entre os sócios e tendo concluído que as empresas estão mancomunadas afim de burlar o processo, a Administração deverá adotar as providências necessárias. Podendo, muitas vezes, inclusive, anular o processo e instaurar processo administrativo, visando aplicar as penalidades administrativas devidas. Nesta linha, há uma posição do TCU sobre a presença de parentesco entre licitantes, nos termos do Acórdão 1.047/2012.⁷²

⁷¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 98.

⁷² Tribunal de Contas da União – TC 005.037/2009-7 [...] 12. Na situação concreta ora em exame, restou, novamente, demonstrada a relação existente entre as empresas Veneza Diesel Comércio Ltda. e Via Diesel Distribuidora de Veículos Motores e Peças Ltda., cuja composição societária é a seguinte, conforme informações extraídas das fls. 20 e 35 do anexo 1 e do voto condutor do acórdão 560/2012.- Veneza Diesel Comércio Ltda.: José Marcos Ferreira de Melo, Paulo José Ferreira de Melo, Silvio José Ferreira de Melo e Veneza Participações Ltda. (está com os seguintes sócios: José Cláudio Ferreira de Melo, José Ferreira de Melo Neto, Paulo José Ferreira de Melo e José Marcos Ferreira de Melo); e - Via Diesel Distribuidora de Veículos, Motores e Peças Ltda.: José Ferreira de Melo Neto, Paulo José Ferreira de Melo, José Cláudio Ferreira de Melo e Silvio José Ferreira de Melo Neto. **13. Consoante ressaltei anteriormente, a coincidência de sócios entre as empresas e as relações de parentesco existentes indicam haver estreitos vínculos entre as firmas e revelam impossibilidade fática de competitividade real entre as interessadas.**

14. Além dessa circunstância, há, ainda, no caso, outras evidências de fraudes nos procedimentos licitatórios, consubstanciadas nas irregularidades relacionadas no item 3 deste voto, cujas razões de

No caso em voga, é bastante clara a comunicabilidade dos sócios, sendo o parentesco evidente ao se observar o sobrenome dos sócios. Ademais, a Ministra Relatora, junto a seu voto, também atentou ao fato de haver evidências que indicam fraudes nos procedimentos licitatórios. Logo, concluiu que o princípio da competitividade estaria sendo, de fato, prejudicado. O argumento de uma Administração independente não seria suficiente para descaracterizar a irregularidade presente.

No Acórdão 1.047/2012, ainda que tenham sido encontradas algumas evidências de fraude, só o vínculo existente entre as empresas já impossibilitaria a competitividade do certame. Divergindo deste posicionamento, cabe aqui abordar sobre a decisão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A 5ª Turma do TRF da 1ª Região, em razão do processo nº 0046235-88.2013.4.01.3400⁷³, negou provimento a apelação interposta pela união contra a sentença da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que decidiu pela procedência do pedido ajuizado por uma empresa para que fosse declarado a nulidade de uma decisão do Ministério de Comunicações, que anulou uma licitação em curso por haver parentesco entre os sócios das empresas licitantes.

A União alegou a existência de conluio em razão do parentesco entre os sócios da empresa. Porém, o Relator entendeu que a relação de parentesco sem provas de conluio não é suficiente para malferir a legalidade do processo licitatório. Logo, negou provimento ao recurso, estabelecendo a homologação e a adjudicação referente ao processo licitatório em favor da apelante.

Outrora, o Tribunal de Contas da União já adotou posição neste mesmo viés:

2. Não existe vedação legal à participação, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco, embora tal situação possa acarretar quebra de isonomia entre as licitantes. A demonstração de fraude à licitação exige a evidencição do nexo causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação.

Representação relativa a licitação conduzida pelo Comando Logístico do Exército, apontara, entre outras irregularidades, a participação no certame de empresas do mesmo grupo econômico e com sócios com relação de parentesco, tendo por objeto a aquisição de material de intendência. Realizadas as oitivas regimentais, o relator, anuindo à

justificativa não foram suficientes para descaracterizá-las.

⁷³ AASP - TRF-1ª – Parentesco entre sócios de empresas não comprova ilegalidade em procedimento licitatório – Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/noticias/trf-1a-parentesco-entre-socios-de-empresas-nao-comprova-ilegalidade-em-procedimento-licitatorio/>> Data do acesso: 16 de junho de 2017.

proposta da unidade técnica, consignou que **“não há vedação legal à participação simultânea, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou mesmo com sócios em relação de parentesco, mas é necessário reconhecer que tais situações podem acarretar a quebra da isonomia entre as licitantes”**. No caso analisado, no entanto, destacou o relator que não houve prejuízo à competitividade do certame, porquanto “houve efetiva disputa entre as diferentes empresas, que se alternaram na primeira colocação, o que contribuiu para a redução do preço final alcançado”. Mencionou, por fim, que as condutas das licitantes não deram causa a danos ao erário e que, na modalidade de pregão, “a própria dinâmica da disputa de lances tende a acirrar a competitividade entre as licitantes, conduzindo à seleção da proposta mais vantajosa, de sorte que a demonstração da fraude à licitação passa pela evidenciação do nexo causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação”. Acolhendo o voto do relator, o Plenário do Tribunal considerou a Representação parcialmente procedente e acolheu as razões de justificativas apresentadas.⁷⁴

Considerando os acórdãos referidos, percebe-se que aos poucos as decisões foram se encontrando e tornando unânime a decisão sobre esses certames que identificam a participação simultânea de sócios comuns em processos de licitação.

Todavia, a relação de parentesco configura uma ameaça a competitividade ainda muito maior. Pois, o grau de proximidade, por si só, presume uma empatia recíproca que de certo modo afasta o caráter competitivo da licitação, podendo provocar ações omissivas de uma empresa em relação a outra.

E, considerando que determinadas atitudes omissivas podem acarretar consequências ao andamento e a eficácia do certame, as licitações que identificam parentesco entre os licitantes deveriam ser consideradas irregulares.

Nesta linha de pensamento, o ex. Ministro Joaquim Barbosa compreende que:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. Da generalidade da norma às particularidades de cada ente da Federação, pode-se afirmar que a Constituição deixa aberta a porta da discricionariedade. **Contudo, em tema de licitação, como já decidiu esta Corte, a discricionariedade existe para preservar um interesse público fundamental: a possibilidade de efetiva, real e isonômica competição. É a busca pela competição que justifica certa liberdade do legislador e do administrador** (ADI 3059-MC, rel. min. Carlos Britto, RTJ 192/163; ADI 3.070, rel. min. Eros Grau, DJ 19.12.2007).

⁷⁴ Tribunal de Contas da União – TCU – Acórdão nº 2803/2016. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/>> Acesso em 16 de maio de 2017.

Diante do exposto, nota-se que a manifestação de julgado pelo Supremo visou impedir a existência de parentesco, seja entre as empresas licitantes ou nos casos onde haja parentesco com os membros da comissão ou com os responsáveis pela licitação.

A atenção ao princípio da supremacia do interesse público, mais uma vez foi determinante, visto que o ex. Ministro Joaquim Barbosa ao discorrer seu voto ressaltou importância da possibilidade efetiva, real e isonômica da competição.

Nesse sentido, o autor e atual subprocurador geral de contas do TCU, Lucas Rocha Furtado⁷⁵, afirma que ainda que a lei não descreva situações que importam em violação a moralidade administrativa, esta não deve ser restringida à ilegalidade. O que o autor quer dizer é que, independentemente de qualquer situação, mesmo não descrita em lei, a Administração deve se ater a violação do dever de probidade imposto aos servidores públicos e, por conseguinte, rejeitar a conduta incompatível com o ordenamento jurídico.

Contudo, o TCU já consolidou o seu entendimento sobre este assunto no sentido que, nas situações que houver sócios em comum ou relações de parentesco, elas por si só não configuraram ilegalidade, e somente deverão ser consideradas irregulares quando excluam potenciais participantes do certame.

Para além deste, o Tribunal de Contas da União decidiu que *“não se está defendendo a imoralidade ‘automática’ da participação de irmãos ou sócios comuns, como representantes de diferentes concorrentes, em processos licitatórios públicos, mas que este fato deve provocar maior cautela da Administração e ser analisado em conjunto com os demais aspectos do procedimento licitatório, com atenção “redobrada”*.”⁷⁶

Nesta perspectiva, a comissão responsável pela licitação deverá se certificar da boa-fé dos participantes, averiguando antes de qualquer homologação essa comunicabilidade dos sócios das empresas, de modo a que evite qualquer tipo de fraude que possa causar danos ao erário e comprometer a eficiência da licitação.

Isto posto, a garantia do interesse público, nesses casos, estará sob a responsabilidade dos membros da comissão, cabendo a eles observar os princípios da moralidade e da probidade administrativa. Deste modo, o próximo tópico deste Capítulo irá tratar sobre a responsabilidade da comissão nestes casos.

⁷⁵ FURTADO. Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Ed. Fórum. 2015.

⁷⁶ Tribunal de Contas da União – TCU – TCU. Acórdão 1.751/2008. Plenário. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/> Acesso em: 16 de maio de 2017.

3.3 DAS RESPONSABILIDADES DA COMISSÃO DA LICITAÇÃO

Conforme o inciso XV do art. 6º e art. 51 da Lei 8.666/93, a comissão de licitação, seja ela permanente ou especial, tem como função receber, avaliar e julgar todos os documentos e procedimentos pertinentes às licitações e ao cadastramento dos licitantes.

Sob esta égide, é papel da comissão analisar com bastante atenção todos os documentos prévios referentes à habilitação dos participantes.

3.3.1 Da composição da Comissão

O número mínimo de componentes de uma comissão será de 3 membros, dos quais dois deverão ser servidores qualificados pertencentes ao órgão governamental responsável pela licitação. No entanto, o terceiro membro poderá ser recrutado de outros órgãos, independente da esfera da Administração pública.

Fernanda Marinela ensina que: “A designação dos membros da comissão é feita pela autoridade competente do órgão ou entidade. O ato de designação é um ato jurídico que pode ser formalizado por decreto, resolução, portaria ou ato da superintendência ou da diretoria, conforme a natureza da entidade”.⁷⁷

É importante ressaltar da necessidade de haver no mínimo dois servidores do órgão administrativo responsável pela licitação, uma vez que sobre a comissão recairá responsabilidades se constatado que os membros agiram de forma negligente, ocasionando danos ao erário ou atos irregulares.

3.3.2 Responsabilidade dos membros

A Lei 8.666/93 em seu art. 6º, inciso XVI, disciplina sobre as atribuições dos membros da comissão:

Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Observa-se no artigo acima que a comissão de licitação é responsável por cuidar

⁷⁷ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10º Ed. Saraiva 2016, pag. 139.

da fase externa na licitação, ou seja, examinar os pedidos de inscrições dos licitantes que estejam interessados em participar do certame. Neste sentido, a comissão tem como função: instituir o processo licitatório; prestar informações aos interessados; instaurar a fase de habilitação; promover a realização de diligências e habilitar ou inhabilitar os proponentes; analisar os recursos interpostos; e examinar, classificar e julgar as propostas.

De acordo com o autor Jessé Torres Pereira Junior⁷⁸, é inerente a função das comissões de licitações decidir sobre os pedidos de inscrição no registro cadastral, bem como o seu cancelamento, sobre a habilitação preliminar dos interessados em particular de cada certame e julgar e classificar as propostas dos licitantes habilitados.

Ressalta-se, pois, ainda que todos os membros da comissão desempenhem atividades comuns, há atos que são específicos do presidente e vice. Como, por exemplo, a condução da abertura das sessões públicas e a proclamação dos resultados.

De modo geral, as responsabilidades atribuídas aos membros da comissão se limitam as atividades desenvolvidas na fase externa da licitação. Logo, problemas encontrados na elaboração do instrumento convocatório não são de responsabilidade da comissão, mas sim, da autoridade competente do órgão responsável pelo certame.

Sob esta égide, o Tribunal de Contas da União coaduna-se com tal entendimento:

As atribuições dos membros de CPL - segundo a Lei e a doutrina - estariam mais intrinsecamente ligadas à fase externa do procedimento licitatório. Por esta razão, concluímos que para ocorrer a punição de qualquer de seus membros, pela definição do objeto a ser licitado (ato vinculado à fase interna da licitação), há que se: (i) comprovar que o membro da comissão participou efetivamente dessa definição; ou, (ii) verificar que a ordem para licitar o objeto era manifestamente ilegal. [...] Cabe destacar que o caput do referido art. 51 traz as atribuições da comissão permanente de licitação – a qual expomos alhures – dentre as quais não se encontra a definição do objeto. Ademais, o seu §3º, transcrito, estipula a responsabilidade pelos atos praticados pela comissão. Ora, se o ato de definição do objeto da licitação não foi praticado pela comissão, essa não pode ser responsabilizada sob tal fundamento, não ocorrendo, no caso, a subsunção do fato à norma.⁷⁹

Acrescenta-se:

De fato, entendo que não seria razoável aplicar penalidade aos seguintes responsáveis, pelas razões adiante apontadas: a) membros da Comissão de Licitação: ficou demonstrado que não participaram da fase relativa à confecção do edital de licitação, que lhes foi entregue já definido,

⁷⁸ JUNIOR, Jesse Torres Pereira. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração pública*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 599

⁷⁹ TCU - Ac. 687/2007 – Plenário – Rel. Min. Augusto Nardes – Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/> Publicado em 27/04/2007. Acesso em: 29 de maio de 2017.

aprovado e publicado.⁸⁰

Responsabilidade. Licitação. Comissão de licitação. Irregularidades inerentes à etapa de planejamento da contratação não podem ser imputadas aos integrantes da comissão de licitação designada para a fase de condução do certame.⁸¹

Neste sentido, os vícios ou problemas relacionados a fase preliminar à publicação do edital não estão sob a responsabilidade dos membros da comissão de licitação.

No entanto, é possível que os membros da comissão sejam responsabilizados por problemas e vícios posteriores a publicação, já na fase externa no certame, quando suas ações afrontarem os princípios da Administração pública e/ou as regras edilícias.

O art. 51, §3º, da Lei Federal 8.666/93 afirma que “os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.”

Os membros que adotarem posturas divergentes no curso do procedimento licitatório devem registrar sua decisão, logo, afastando sua responsabilização. O Tribunal de Contas da União deliberou a respeito.⁸²

⁸⁰ TCU – Ac. 1532/2011 – Plenário – Rel. Min. Ubiratan Aguiar – Sessão 8/6/2011. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/> Acesso em: 29 de maio de 2017.

⁸¹ TCU – Ac. 1673/2015 – Plenário – Rel. Min. Bruno Dantas – Publicação em 8/7/2015. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/> Acesso em: 29 de maio de 2017.

⁸² TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 182 - Acórdão nº 65/2014. Plenário “4. Nos termos do art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93, somente a existência de posição divergente, expressamente consignada em ata, possibilita a exclusão de responsabilidade de membro de comissão de licitação pelos atos irregulares por ela praticados. Recursos de Reconsideração interpostos por ex-secretário de estado e servidores públicos estaduais contestaram deliberação proferida em sede de Tomada de Contas Especial, por meio da qual foram apuradas responsabilidades por danos ao erário e outras irregularidades verificadas em licitações e contratações diretas conduzidas pela Secretaria de Estado da Educação de Sergipe, com recursos provenientes de verbas federais conveniadas. O acórdão recorrido imputara, dentre outras, as seguintes sanções: a) o pagamento solidário de débitos pelo ex-secretário de estado da Educação e empresas diversas; b) o pagamento de multas individuais por diversas empresas e servidores estaduais; c) a declaração de inidoneidade de empresas diversas para participarem de licitação no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de três anos; d) a inabilitação de diversos servidores estaduais para exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de cinco anos. Dentre os argumentos recursais, foram alegados por membros da comissão de licitação: a) o procedimento iniciado na comissão de licitação passava pelo crivo da Procuradoria Geral do Estado ; b) a ausência de qualificação necessária para desempenho da função; c) a grande pressão para que os trabalhos fossem concluídos, o que impedia a análise pormenorizada dos dados relativos às empresas licitantes; d) as questões cruciais da licitação eram definidas por seus superiores hierárquicos; e) a ausência de vantagem patrimonial; e) o exercício de função meramente administrativa (digitador). Sobre o assunto, anotou a relatora que os recorrentes, na condição de integrantes da comissão de licitação, “têm evidente responsabilidade em relação ao direcionamento dos procedimentos realizados e à existência dos conluíus”. Analisando as peças constitutivas dos autos, a relatora consignou a inexistência de qualquer comprovação de coerção por superiores hierárquicos, descaracterizando, assim, possível excludente de culpabilidade. Ademais, no que respeita às alegações da ex-presidente da comissão, registrou que “todos os vícios inerentes aos procedimentos adotados na licitação, incluindo a escolha inadequada da modalidade licitatória e a inobservância da apresentação, pelos licitantes, de documentos exigidos para participação dos certames, lhes são imputáveis”. Quanto à alegação de exercício exclusivo de função meramente administrativa,

Importante destacar que a simples menção oral discordando com o posicionamento dos demais membros da comissão não basta, pois é preciso que fique registrado em ata, devendo ser devidamente justificada.

Considerando o papel das comissões de licitações, Marçal Justen Filho explica porque é tão importante que os agentes públicos membros das comissões sejam qualificados, integrados aos quadros da Administração e conheçam a legislação que regula o procedimento. Destaca-se o seguinte:

“É necessário que os membros da comissão tenham habilitação específica para apreciar as propostas efetivadas. (...). É desejável e usual que ao menos um dos integrantes tenha conhecimento jurídico que lhe permita adequar os atos praticados aos dispositivos norteadores da licitação. Isso, porém, não é obrigatório. Não se concebe, contudo, a absoluta ausência de capacitação técnica dos membros da comissão quando o objeto licitado envolver requisitos específicos ou especiais. Ainda quando os membros da comissão não necessitem ser especialistas, é necessário que detenham conhecimentos técnico científicos compatíveis com as regras e exigências previstas no ato convocatório. Em suma, não se admite que a comissão de licitação para construção de uma hidrelétrica seja integrada por nutricionistas. (...) Se a Administração impõe exigências técnicas aos interessados, não pode invocar sua discricionariedade para nomear comissão destituída de condições para apreciar o preenchimento de tais requisitos. O agente que não está técnica, científica e profissionalmente habilitado para emitir juízo acerca de certo assunto não pode integrar comissão de licitação que tenha atribuição de apreciar propostas naquela área.”⁸³

Nesta linha, o órgão responsável pela comissão deverá designar pessoas com as aptidões necessárias para contribuir no certame. Se agir de modo contrário, a Administração poderá responder por culpa “in eligendo” e culpa “in vigilando” pelas ações da comissão de licitação quando elas forem frutos de atos negligentes.⁸⁴

veiculada por um dos membros da comissão, apontou a relatora que “não existe qualquer comprovação de que tenha atuado na comissão como mero digitador, como afirmou”. Ao contrário, “sua assinatura consta em diversos documentos acostados aos autos, na condição de membro da comissão”. Em epílogo, registrou que “somente a existência de posição divergente da adotada pela comissão de licitação, expressamente consignada em ata, seria capaz de possibilitar a exclusão de sua responsabilidade pelos atos praticados, nos termos do art. 51, § 3º, da Lei 8.666/1993”. Nesses termos, afastados esses e os demais argumentos recursais, negou o Tribunal provimento aos recursos.”

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2016.p. 909-910.

⁸⁴ RECURSO ORDINÁRIO — PREFEITO MUNICIPAL — INSURGÊNCIA CONTRA IMPUTAÇÃO DE MULTA — PROCEDIMENTO LICITATÓRIO — IRREGULARIDADES — I. RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO GESTOR PÚBLICO — CULPA IN ELIGENDO E CULPA IN VIGILANDO — II. HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME — APROVAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS — III. RECURSO IMPROVIDO — MANUTENÇÃO DA MULTA APLICADA. O gestor público pode ser responsabilizado subjetivamente pelos atos praticados pela comissão de licitação, uma vez que concorre para as irregularidades por culpa in eligendo e, ao homologar o certame, por culpa in

Sob esta égide, ressalta-se um processo que foi autuado pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina⁸⁵. Trata-se de um processo de auditoria com vistas a analisar o Pregão Presencial nº 019/2015, que teve por objeto a aquisição de veículos pela Prefeitura Balneário Rincão, em razão de indícios de concentração de mercado, no que tange a concessionárias de veículos com sócios em comum participando de licitações, tendo em vista o possível prejuízo a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

O Tribunal de Contas do Estado, concluiu que a aquisição operada pelo pregão nº19/FMS/2015 não possibilitou um ambiente concorrencial. Além do mais, concluiu que a pesquisa de preço foi insuficiente e completamente dirigida, uma vez que as mesmas empresas que participaram da cotação prévia foram as que participaram do certame, ofertando o mesmo valor para veículos distintos, o qual correspondia ao valor da referência do objeto licitatório.

Neste sentido, o TCE/SC analisou a conduta do pregoeiro e, por conseguinte, entendeu que tendo em vista que ele declarou a empresa vencedora antes de verificar a existência de pesquisa prévia e ampla de preços. Deste modo, restou inarredável a conclusão da responsabilidade do pregoeiro, considerando a violação ao disposto no caput do art. 3º, inc. V do art. 15 e inc. IV do art., 43, todos da Lei Federal nº 8.666/93, por culpa *in vigilando*.

Diante dos fatos apontados, os membros de uma comissão assumem um papel bastante importante. Os participantes, as propostas e a homologação é resultado da análise desta comissão. Desta forma, a postura que será adotada é imprescindível na busca da realização de um certame sem a presença de fraude. Deste modo, a análise deve ser minuciosa e imparcial, assegurando a moralidade e a impessoalidade que deve revestir as licitações públicas.

vigilando, ratificando os procedimentos adotados. TCE/MG. Recurso Ordinário n. 851.244. Relator: Conselheiro Mauri Torres. Sessão do dia 09/10/2013.

⁸⁵ Tribunal de Contas de Santa Catarina. Processo LCC nº 16/0462623. Relatório de Instrução Nº 143/2017. Conselheiro Relator: Sabrina Nunes Iocken.

CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico entende-se que o objetivo do trabalho foi alcançado, uma vez que por meio da metodologia aplicada foi possível identificar a ocorrência de riscos em um processo de licitação decorrente da participação simultânea de licitantes com sócios em comum.

A Constituição Federal de 1988 impõe à Administração Pública direta e indireta o dever de obedecer os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos previstos no art. 37. Sob este viés, criou-se a Lei 8.666/93, de Licitações, que regulamenta o inciso XXI, do art. 37 da Constituição, instituindo normas gerais para licitações e contratos da Administração.

Observando os princípios impostos pela Constituição, a Lei de Licitações em seu art. 3º apontou como importante outros princípios constitucionais como o da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Desta forma, embora a Constituição Federal e a Lei de Licitações tenham apontado os princípios norteadores à Administração em processos de licitação, não é sempre que a supremacia do interesse público é garantida. Isto porque, um processo de contratação pública pode ser considerado como um dos fatores mais prejudiciais ao erário, em razão dos desvios das finalidades e da não observância dos princípios.

Após a análise do art. 3º da Lei 8.666/93 e do art. 37 da Constituição, é possível perceber que a razão dos princípios é garantir a supremacia do interesse público, tendo em vista que sua observância corresponde a ação de administradores ou servidores responsáveis que baseiam suas atitudes preocupando-se com as consequências de seus atos.

Dessa maneira, a licitação pode ocorrer por meio de sete modalidades, todas destinadas a diferentes serviços ou compras, as quais possuem como objetivo fim o alcance da proposta mais vantajosa. Neste seguimento, a Administração tem o condão de realizar o processo licitatório dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei. 8.666/93, não restando a ela uma liberdade de escolha entre as modalidades a se adotar.

Portanto, o problema abordado neste trabalho faz jus a importância que é dada, visto que, os trâmites de uma licitação são as razões que podem provocar ou não consequências danosas à Administração. Outrossim, a presunção com a ausência das finalidades básicas que garantem a isonomia, a proposta mais vantajosa e o

desenvolvimento nacional sustentável, torna o questionamento quanto à participação simultânea de licitantes com sócios em comum válido.

Neste sentido, uma licitação presente de licitantes com sócios em comum constitui, a meu ver, uma ameaça a lisura de todo o procedimento de contratação pública, considerando os riscos que a Administração está exposta. A possibilidade de fraude e o estabelecimento de cartéis deveriam ser hipóteses suficientes para afastar a possibilidade desta participação.

Contudo, o posicionamento do Tribunal de Contas da União é uníssono no sentido em aceitar a participação simultânea desde que seja verificado minuciosamente pela comissão de licitação a fase preliminar à habilitação dos preponentes. Inclusive, pontua-se, a comissão pode ser responsabilizada solidariamente, tanto administrativa, civil e criminalmente, por atos omissivos ou comissivos na condução do certame, se por razões não justificadas conferir legalidade a participação de licitantes comuns que claramente evidenciam o conluio entre elas.

Dessa maneira, tanto em mercados pouco competitivos quanto aqueles mais competitivos, em havendo licitantes com sócios em comum, cabe a comissão ou ao pregoeiro redobrar a vigilância no procedimento. Contudo, somente no caso concreto será possível balizar os princípios da busca da maior vantajosidade com o princípio da ampla concorrência.

Ademais, concluo que além da possibilidade de fraude e dos cartéis, a competitividade do certame poderia não ser efetiva. Sendo assim, um dos objetivos da licitação não será alcançado e mais uma vez a eficácia do processo de licitação estaria comprometida.

Considerando esses fatores, a Lei de Licitações deveria vedar expressamente a simultaneidade de licitantes com sócios em comum, com vistas a se garantir, a lisura e a probidade da licitação, bem assim a supremacia do interesse público seriam integralmente garantidos, conferindo eficácia à contratação pública.

Por último, espera-se ter contribuído para o conhecimento no que se refere a participação de licitantes com sócios em comum demonstrando suas falhas, fraudes e irregularidades. Aliás, espera-se ter contribuído de alguma forma para a redução de ilicitudes que ocorrem nas licitações, na tentativa de evitar danos ao erário e, por conseguinte, garantir a supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. In: REZENDE, Élcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (Orgs.). *Direito ambiental e desenvolvimento sustentável*: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013

BARRETO, Daiane Garcias. *Sinopses Jurídicas de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Edijur, 2016.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. *Direito administrativo facilitado*. São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público*. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre os princípios constitucionais - razoabilidade, proporcionalidade e argumentação Jurídica*. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

FAZZIO Júnior, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007.

FREITAS, Juarez. *Licitações Sustentáveis e o fim inadiável da miopia temporal na avaliação das propostas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – Vitória, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, Jesse Torres Pereira. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração pública*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2016.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MORAES, Fábio. Portal das Licitações. Uma breve história sobre licitação. 2016. Disponível em: < <http://portaldaslicitacoes.blogspot.com.br/2016/01/uma-breve-historia-sobre-licitacao.html> >

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Gen Forense, 2017.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo, Sinopses Jurídicas*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Vieira. A Evolução da Licitação. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>>
Acesso em: 25 de maio de 2017.

TRAJANO, Thiago. Da Isonomia da Licitação. 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/thiago-trajano/artigos/da-isonomia-da-licitacao-2231>>
Acesso em: 10 de junho de 2017.